列寧工作室■精選文庫

# 美国宪政历程

## 影响美国的 25 个司法大案

任东来、陈伟、白雪峰 等著






任东来
陈　伟 /等著
白雪峰

# 美国宪政历程：

## 影响美国的25个司法大案

America

MEIGUO
XIANZHENG
LICHENG

YINGXIANG MEIGUO DE
25 GE SIFA DAAN

中国法制出版社



在美国，自然权利是神圣的，社会契约是神圣的，拥有私有财产是神圣的，更不消说，神与对神的信仰是神圣的。这些观念融合在一起，才形成了法律在美国的神圣性。因此，要比较深入地了解美国法律，就必须了解美国社会生活的方方面面；反过来也一样，要研究美国的任何一个侧面，都需要了解美国法律。

值得称道的是，本书并没有就法律谈法律，而是用生动的笔触，翔实的资料，描述了法治在美国社会的各个方面从生根到开花的历程。联邦最高法院的25个故事所揭示的，是一以贯之而又不断发展的一种观念，一种精神。美国宪政的酸甜苦辣尽在其中，让读者去细细回味。东来博士要求这部书"洛学术著作的准确性和通俗读物的可读性于一体"，我看这个任务是圆满完成的。

——中国社会科学院美国研究所所长　王缉思

America

# 美国宪政历程：

## 影响美国的25个司法大案

责任编辑／李仕春　封面设计／欣　然



ISBN 7-80182-138-6

9 787801 821386 >

ISBN 7-80182-138-6/D・1104

定价：35.00元

任东来
陈　伟 /等著
白雪峰

# 美国宪政历程：

## 影响美国的25个司法大案

America

MEIGUO
XIANZHENG
LICHENG

YINGXIANG MEIGUO DE
25 GE SIFA DAAN

中国法制出版社

**图书在版编目（CIP）数据**

美国宪政历程：影响美国的25个司法大案/任东来等著.—北京：中国法制出版社，2004.1

ISBN 7-80182-138-6

Ⅰ.美… Ⅱ.任… Ⅲ.宪政-案例-美国 Ⅳ.D971.29

中国版本图书馆CIP数据核字（2004）第030537号

**美国宪政历程：影响美国的25个司法大案**

MEIGUO XIANZHENG LICHENG YINGXIANG MEIGUODE 25GE SIFADAAN

著者/任东来等

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/850×1168毫米 32　　印张/20.125　字数/493千

版次/2004年1月第1版　　2004年1月印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-138-6/D·1104　　定价：35.00元

北京西单横二条2号　邮政编码：100031　　传真：66062741

**发行部电话：66062752　　编辑部电话：66032924**

**邮购部电话：66033288　　读者俱乐部电话：66026596**

# 序　言

比我年轻得多的老友任东来博士同陈伟等先生合作，撰写了这部《美国宪政历程》，命我作序。本来是不想在自己不熟悉的领域发表议论的，无奈东来的学识、学历和文笔都在我之上，岂敢“不识抬举”？好在这部著作是写给对法律有兴趣的广大读者，而不是写给法学专家的，在此添几句外行话，谅作者和读者不会太见怪。

照我的理解，本书的案例中体现出来的法治（rule of law）精神，同我们一般所说的“依法而治”（rule by law），在英文中虽只有一个介词之差，二者的区别却非同小可。“法治”的主语或主体是“法”。宪法作为国家根本大法，是至高无上的，任何人凌驾于宪法之上，或者任何事被判定为“违宪”(unconstitutional)，罪莫大焉；但在“依法而治”中，主语被有意或无意地省略了，即由“谁”来依法治理？这个“谁”与“法”之间，孰大孰小，孰重孰轻，就有讲究了。搞得不好，“依法而治”仍然可能变为“人治”。

显然，法律本身是不会去治理的，还要有人或机构去解释和执行。在本书列举的美国案例中，一旦事情成为法律问题，法院就是权威，由大法官组成的联邦最高法院就是最高权威。在“达特茅斯学院诉伍德沃德案（1819)”中，联邦最高法院的判决既违背了新罕布什尔州政府的意志，又宣布州议会通过的法律无效，还推翻了该州各级法院的判决，维护了有关私有财产契约的神圣性。这一判决的根据，是美国宪法第一条第十款的一项规

定，即不得通过任何损害契约义务的法律。在“布什诉戈尔案(2000)”中，共和党总统候选人布什不服佛罗里达州最高法院的判决，上诉到联邦最高法院，联邦最高法院的大法官以5票对4票的微弱多数，裁定佛罗里达州最高法院继续人工计票的决定违宪。我们在这些案例中看到的法治，是司法独立的威力，是法大于权，是法律程序重于政治结果。当然，正如本书多处揭示的，美国法律判决也会受金钱、舆论、政治、法官个人的党派色彩和信仰等多方因素的影响，因此绝非总是公正无私的。但“布什诉戈尔案”等案例表明，美国人都认为最终接受法律判决是天经地义，无论其公正与否。

公民对法律的尊重，是美国法治的重要基础。本书中引用了法国思想家托克维尔的一段评论：“他们（联邦大法官）的权力是巨大的，但这是受到舆论支持的权力。只要人民同意服从法律，他们就力大无穷；而如果人民忽视法律，他们就无能为力。”必须强调指出的是，美国人的守法观念同他们的权利观念，是一个硬币的两面，缺一不可。权利是受到法律保护的，公民因而也有守法的义务。

在公民权利方面更具美国特色的观念是：个人权利不是统治者赐予的，而是与生俱来、不可剥夺的。1776年的《独立宣言》说：“我们认为这些真理是不言而喻的：人人生而平等，他们都被他们的造物主赋予了某些不可转让的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利，所以才在人们中

间成立政府。而政府的正当权力，系得自被统治者的同意。"[1]这就是说，是上帝创造了人人平等，并赋予他们自然权利。由此可见，美国公民权利的观念至少部分来源于宗教。绝大多数美国人信神，没有听说过哪个美国政治家或法官对每张美元纸币上都印着 In God We Trust（我们信仰神）表示过异议。[2] 所以，"天赋人权"的观念是不容挑战的。

《独立宣言》的思想有两个主要来源。一个来源是以约翰·加尔文教义为核心的清教主义信仰。17 世纪美国新英格兰清教徒中盛行的盟约观念，号召人们要依照上帝的旨意服从他们的统治者及所在地的法律。同时，在加尔文教义中，如果统治者的行为在某些方面违背了与上帝的盟约，就失去了其权威性，人民就有权利也有义务推翻其统治。

托马斯·杰弗逊起草的《独立宣言》的另一个思想来源，是 17 世纪英国哲学家和政治学家约翰·洛克等人的理论。洛克认

---

① 转引自李道揆：《美国政府和美国政治》，中国社会科学出版社 1990 年版，第 746 页。原文"they are endowed by their Creator with certain unalienable rights"，原译文是"他们都从他们的'造物主'那边被赋予了某些不可转让的权利"。我对这句译文做了小小改动。"人人生而平等"的原文是"all men are created equal"，可直译为"人人被创造为平等"，同后文的 Creator 对照，可看出《独立宣言》作者强调人人平等是由造物主（即上帝）创造的。

② 我主张将这里的 God 译为"神"而不是"上帝"，因为"上帝"是我们对基督教中的神的称呼，而美国现在是一个宗教多元的国家。当代美国总统在就职演说和国情咨文中每一次都要祈祷 God bless America（"神保佑美国"），不但不会遭到非议，还起到凝聚社会的作用。但是如果他作为美国总统呼唤 Lord 或 Jesus Christ（基督）保佑美国的话，就犯了"政治上不正确"的错误，冒犯了信仰伊斯兰教、佛教和其他宗教的美国人。所以，这种背景下的 God bless America 不应译为"上帝保佑美国"。这是当代美国的研究者和著述翻译者需要注意的。

为，人们握有对生命、自由、财产的自然权利，这些权利是神所赋予的，因此不能把他们移交给另一个专断的权力；建立政府是为了保障而不是损害这些权利，因而政府也不能不经同意就取得或再分配财产。洛克关于法律的观点是，人们立法不是为了取消自然法或自然权利，而是为了赋予法律在自然状态下所缺少的明晰、精确以及公正的实施。自然权利仍然应当保留，而且制约所有的人，“立法者与他人平等”。《独立宣言》把一般所指的自然权利中的财产权改成了“追求幸福的权利”，但在美国人的心目中，自然权利仍然意味着“生命、自由、财产”，法律首先是为反抗政府滥用权力、保障人们的自然权利而建立的。

“社会契约”也是美国法治中不可缺少的一个概念，其中心内容是政府是自由的、具有道德的人们自愿同意的人为产物，不存在天然的政治权威。政府必须同人民订立契约，才能取得统治的合法性。社会契约论的理性基础也同基督新教有关，即新教教义中所倡导的个人道德自律、自主责任和义务。1994年11月美国共和党同时在参议院和众议院取得多数席位之后，以纽特·金里奇为首的国会共和党人发表的一篇宣言，题目就叫“同美利坚的契约”（Contract with America）。这篇宣言声称要通过重新缔结同美国人民的契约，来恢复人民对国会和政府的信任。

在美国，自然权利是神圣的，社会契约是神圣的，拥有私有财产是神圣的；更不消说，神与对神的信仰是神圣的。这些观念融合在一起，才形成了法律在美国的神圣性。因此，要比较深入地了解美国法律，就必须了解美国社会生活的方方面面；反过来也一样——要研究美国的任何一个侧面，都需要了解美国法律。

值得称道的是，本书并没有就法律谈法律，而是用生动的笔触，翔实的资料，描述了法治在美国社会的各个方面从生根到开花的历程。联邦最高法院的25个故事所揭示的，是一以贯之而又不断发展的一种观念，一种精神。美国宪政的酸甜苦辣尽在其

中，让读者去细细回味。东来博士要求这部书“熔学术著作的准确性和通俗读物的可读性于一体”，我看这个任务是圆满完成的。

最后，想替作者为本书做个题解，但愿不是画蛇添足。“宪政”一词，《现代汉语词典》（2002年版）的定义是“民主的政治”。手头有一册上海辞书出版社1980年出版的《法学词典》，其中将“宪政运动”释为“争取制订宪法、实行民主政治的运动”，并说“世界上历来的宪政，都是革命成功并有了民主事实之后才实现的。”接着，这部词典援引了孙中山为建立民国而提出的“军政、训政、宪政”三阶段。显然，本书“美国宪政历程”中的“宪政”，绝非“立宪政治”或“民主政治”，同孙中山的“宪政”大相径庭，而大体是constitutionalism的意思，即在判例、司法解释、颁布法令中，依据宪法逐步形成一整套法律体系，借以治理国家。从“宪政”的不同定义中，可以体会到中美两国在法律体系和观念上的巨大差距。而正是这种差距，才使本书具有其价值和趣味。

这一题解是否正确达意，还请东来博士等方家指教。

王缉思

2002年初秋于北京寓所

# 前言：美国联邦最高法院略论

2000年美国总统大选难产。共和党候选人布什和民主党候选人戈尔的政治前途竟然系于佛罗里达州的区区几百张选票！为此，双方打得不可开交。还好，不是在白宫门前舞枪弄棒，而是在法庭上唇枪舌剑。双方几经过招，最后把官司打到了联邦最高法院。后者一锤定音，解决了长达36天的总统难产危机。由非民选的最高法院大法官来解决选票统计的纷争，进而决定了总统宝座的归属，这多少是美国民主的尴尬。不过，在嘲笑美国民主制度“不民主”的同时，人们也实实在在地感受到了美国法治的完善和对法院权威的尊重。在美国联邦最高法院以5比4一票之差作出了不利于戈尔的判决后，戈尔优雅地承认失败：“我虽然很难同意最高法院的决定，但是我接受它。我接受这一判决的最终权威，……为了我们民族的团结和我们民主的力量，我拱手让步。”①

## (一)

对远在大洋彼岸隔岸观火，欣赏美国大选悲喜剧的中国读者来说，印象最深的可能不是布什和戈尔的较劲，而是最终由最高法院来定夺的解决问题的方式。这样，平时不显山露水的美国最高法院也开始进入中国读者的视野。在一个缺乏法治传统的社会

① Al Gore: “I Offer My Concession”, *Washington Post*, December 14, 2000.

中，我们可能无法理解美国联邦最高法院的权力和权威。美国法院哪儿来的这么大的权力？它何以能够获得被万民景仰、连总统都得让它三分的权威？它又以什么形式来展示、维护和巩固自己的权威？

的确，在当今世界各国政府中，似乎还没有哪个国家的司法部门拥有美国最高法院那样的权力和权威。这一权力来自它对美国根本大法——宪法的“话语霸权”，它是美国宪法的最权威和终极的解释者；它的权威来自它的基本公正、来自它基本不受政府更替和舆论变迁的我行我素。20世纪美国知名政治家、著名大法官查尔斯·休斯（Charles Evans Hughes），在1907年的一次演说中曾感慨：“我们生活在宪法之下，但这个宪法是什么意思，却是法官们说了算。”[①] 说这番话时，他是纽约州州长，后来，他破天荒地两度出任最高法院法官（1910—1916任大法官，1930—1941任首席大法官），更是亲自体会到了这句话的分量。

由于最高法院的这一“话语霸权”，美国行政当局对最高法院头痛不已。学者出身的美国总统伍德罗·威尔逊（Woodrow Wilson，1913—1921年任职）就曾抱怨到，最高法院“在不间断地开着制宪会议”。[②] 至于是否真的如此，他的前任、法官出生的总统威廉·塔夫托（William H. Taft，1909—1913年任职）可能更有发言权。此公一生的梦想是当最高法院首席大法官，但却阴差阳错先当上了总统。总统任内，他打破常规，利用职务之便提名

---

① 原文是“We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”。引自 Charles Evens Hughes, *Addresses and Papers of Charles Evens Hughes*, New York : G.P. Putnam's Sons, 1908, p.139.

② 原文是“a constitutional convention in continuous session”。引自 Paul L. Murphy, *The Constitution in Crisis Times, 1918—1969*, New York: Harper & Row, 1972, p.11.

年老体衰的大法官爱德华·怀特（当时已65岁）出任首席大法官（Edward White，1894—1910年任大法官，1910—1921年任首席大法官），为自己退休后出任最高法院首席大法官铺平道路。1921年怀特去世后，塔夫托如愿以偿，执掌最高法院（1921—1930年任职），成为美国历史上惟一一位既当过国家行政首脑，又作过司法总管的美国政治家。他后来回忆说，出任大法官是他一生最愉快的时期。可见，塔夫托对大法官职位的喜爱远胜过总统职位。

不过，需要指出的是，美国建国之初，最高法院并不是非常有力的机构，大法官也不是一个令人仰慕的位置。因为美国宪法第三条对最高法院权限的规定非常笼统，只有短短的三款，远不及立法（第一条）和行政（第二条）那样详尽。[①] 它既没有明确规定联邦最高法院高于各州的法院，也没有明确指出最高法院对国会立法的司法审查权。

而且，从出生日期来看，最高法院的也是其他两个政府部门的小弟弟。国会老大，众议院和参议院是分别在1789年4月1日和6日成立；总统老二，华盛顿在4月30日宣誓就任美国第一任总统。该年9月24日，华盛顿签署了国会两院通过的《1789年司法条例》，建立起美国最早的联邦司法体系，即由6位大法官组成的联邦最高法院，以及由大法官兼任法官的3个巡

---

① 国内有很多种美国宪法的中译本，比较而言，李道揆教授的译本最为出色。见李道揆：《美国政府和美国政治》（上下册），附录，商务印书馆，1999。由于美国制宪先贤专注于限制立法和行政的权力，因此宪法中第1、2条的规定既细致又具体，其篇幅分别是第3条的8倍和3倍。第3条连最高法院由多少人组成、是否设首席大法官都没有提及。直到今天为止，美国联邦法律系统的摊子仍然很小，一共有94个地区法院，649位法官；13个上诉法院，179位法官；一个最高法院，9位大法官。

回法院[1] 和13个地方法院。次年2月2日，在纽约的皇家证券大楼（the Royal Exchange Building），最高法院正式成立办公。

不过，当时华盛顿任命的6名大法官中只到了4位。罗伯特·哈里森（Robert Harrison）干脆就拒绝了华盛顿的任命，因为在他看来，他当时的职务马里兰州大法官（chancellor）要比联邦最高法院大法官更重要、更体面。来自南卡罗莱纳的约翰·拉特利奇（John Rutledge）虽然不好驳华盛顿的面子，勉强接受了任命，但却从未到任履新。一年后便辞职去担任南卡罗莱纳州最高法院的首席大法官。甚至就连第一位首席大法官约翰·杰伊（John Jay，1789－1795年任职）后来也撂挑子不干了，回家乡纽约去竞选州长。1800年，当时的约翰·亚当斯总统（John Adams，1796—1800任职）又想请他出山，此时杰伊刚刚从他6年的州长任期上下来。他拒绝了亚当斯的好意，声称他当年离开最高法院是因为他"实实在在地相信（perfectly convinced），在一种有如此缺陷的制度下，最高法院既没有一种必不可少的活力、份量和尊严，

---

① 很多著述把巡回法院（Circuit Court）和现在美国联邦上诉法院（United States Court of Appeals）混为一谈，尽管它们存在着某种继承关系，但其功能和立法基础是不同的。巡回法院是根据《1789年司法条例》建立的，最初由两名最高法院法官和一位地区法院法官组成。具有初审和上诉两种管辖权。为此，最高法院大法官每年要花大量的时间，奔波在各自的巡回区，故有"巡回骑乘"（ride circuit）之说。此外，这一制度也让大法官审理业已经过他亲自审理过的来自巡回法院的上诉案件。19世纪末，随着美国的工业化和城市化的进行和深入，要求复审的上诉案件越来越多，为减轻最高法院日益增加的工作压力，1891年国会立法设立上诉巡回法院（Circuit Courts of Appeals），代替了原来巡回法院的一部分功能。1911年国会正式废除了巡回法院。新的上诉巡回法院制度，把全国分成12个巡回区，建立12个上诉法院，它们不再受理初审案件，专司上诉案件，从而大大减轻了最高法院的工作量。1982年，国会又建立了一个专业化的联邦区巡回法院（United States Court of Appeals for the Federal Circuit）。

使其能够支持联邦政府，也不拥有它应该获得的、公众把它视为国家正义最终保护者的那种信任和尊重”。[①]

因此可以说，在美国立宪建国之初，最高法院无足轻重，它甚至连个像样、单独的办公楼都没有。19世纪初，美国建立首都哥伦比亚特区时，国会根本没有考虑单独给最高法院盖个办公楼，只是说在国会大厦的一楼给它留一间“只需家具”的房间。当时有人这样描绘了最高法院的窘境：“一个陌生人，在国会大厦黑暗的通道上转上一个星期，恐怕也无法找到这个管理着美利坚合众国司法机构的偏僻角落”。[②]

1921年塔夫托出任首席大法官后，积极张罗为最高法院盖个像样儿的办公楼，此公毕竟是当过总统的大人物，人脉广泛，活动能量极大。1929年，国会原则上同意修建最高法院大厦。1935年，在摆脱经济大萧条的背景下，富兰克林·罗斯福总统（Franklin D. Roosevelt，1933－1945年任职）大兴土木，盖美国式的“楼堂馆所”，总算在国会图书馆旁边为最高法院建了一幢庄重典雅的新古典式大厦。

最高法院办公地点的窘境，在某种程度上反应了美国建国之初司法部门的软弱。但是，最高法院的大法官们决不满足甘当老三的地位，在能干的第四任首席大法官约翰·马歇尔（John Marshall，1801—1835任职）的领导下，最高法院终于争取到了司法审查权这一撒手锏，并通过一系列影响巨大的判决，赢得了民众和其他政府部门对它一定的尊重和服从，终于确立并巩固了司法部门在美国政府三足鼎立框架中一足的地位。

---

① 杰伊1801年1月2日致亚当斯的信，George J. Lankevich, ed., *The Supreme Court in American Life Series*, Vol.1 *The Federal Court, 1787－1801* by George J. Lankevich. New York: Associated Faculty Press, Inc., 1986, p.229.

② 转引自《美国法律史》，第38页。

## (二)

在美国宪政体制中，最高法院最重要的责任是裁决涉及宪法解释问题的案件，判定某项法律或政府行动是否违宪。这一被称为司法审查的权力使法院能够否决联邦或州的法律，如果这些法律在法院看来是与宪法相冲突的话。在过去的200年里，最高法院一共判定135项国会立法违宪。① 通过运用这一强大的司法审查权，最高法院在美国政治制度中发挥了至关重要的作用，成为民众与政府之间、各级政府之间以及政府各部门间争议的仲裁者和国家许多最重要问题的终极权威。

不过，在司法审查权这一问题上，联邦法院的权力仍然受到间接的约束，美国宪法中的制衡原则依然有效。联邦政府的其他两部门可以从两个方面来监督联邦法院的这一撒手锏：第一，总统对联邦法官的任命权，再加上参议院的确认权；第二，像对其他联邦官员一样，国会可以对联邦法官行使弹劾与罢免权。

对联邦法院司法审查权的另一种制衡来自于其内部。首先是美国最高法院对下级联邦法院的判决进行审查的权力，因为从理论上说，任何一级联邦法院都可以行使司法审查权。其次是法官们对司法权力的自我约束。著名的开明派大法官路易斯·布兰代斯（Louis D. Brandeis，1916—1939年任职）有句名言："我们要

① Joan Biskupic, & Ekler Witt, *Congressional Quarterly's Guide to the United States*. 3d ed., Washington: D.C.: Congressional Quarterly, 1997, pp.1102 - 1113.

做的最重要的事情是无所作为”。[1]另外，最高法院虽然是美国三个政府部门中惟一一个非民选的机构，但其断案原则却是少数服从多数的民主原则。很显然，由多人组成（1869年后固定在9人）的最高法院本身就存在着不同司法观念和党派立场之间的制约与平衡。

最后还需要指出的是，社会舆论的无形制约，来自学术界和法律界对法官判决的经常性尖锐批评，以及大众媒体的普遍报道，也多多少少限制了法官权力的运用。

今天，最高法院的大法官们更多地把最高法院的作用看作是边境巡警或体育比赛的巡边员。他们紧盯着行政权和立法权之间、联邦政府和州政府之间、各级政府和个人之间的边界，力求不偏不倚，追求公正无私，以保证美国宪法确定的制约和平衡的构架能够按宪法制定者们所希望的那样正常运作。

就具体职责而言，最高法院是美国联邦政府三权分立政治架构中司法部门的最高权威。最高法院有一定的初审权（如涉及外交使节的案子），但它更多的是审理对下级联邦法院和各州最高法院判决的上诉案件，主要是解决涉及宪法和联邦法律的那些纠纷。作为解释宪法的最高权威，它的裁决是最终的决定，其他政府部门（立法和行政）都无法改变它的判决。当然，也存在着改变最高法院判决的合法途径，但非常艰难，可谓难于上青天。一是最高法院在后来类似判决中修改或推翻了前面的判决，显然，要最高法院自认其错绝非易事。二是通过宪法修正案来否定最高法院的判决，但这要经历极为困难的宪法程序。

---

① 原文是“The most important thing we do is not doing.” Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962, p.71.

由于一项美国宪法修正案的通过需要极为繁琐的程序，[1] 在美国200多年的历史上，以宪法修正案的形式来推翻最高法院的判决，总共只出现过4次。它们分别是，1798年的第11条修正案，推翻了1793年一项允许个人在联邦法院控告州的判决；1868年的第14条修正案，推翻了1857年斯科特案中黑人不是美国公民的判决；1913年的第16条修正案，推翻了1895年一项禁止征收联邦所得税的判决；1971年的第26条修正案，部分地推翻了1970年一项国会无权给予18至20岁公民在州选举中选举权的判决。

在某些特殊的情况下，作为执法部门的行政当局可能非常不满最高法院的判决，但又没有必要，或者没有办法通过宪法修正案的形式来推翻它，偶然也会出现有法不依的现象，即行政部门会对法院的判决不理不睬。比如，1830年代初，马歇尔曾经两次在印地安人和美国南方佐治亚州纠纷的案件中，裁定联邦政府有责任保护利益受到损害的印地安人部落。可是，不仅佐治亚州抵制最高法院的判决，而且，作为政府首脑的安德鲁·杰克逊总统（Andrew Jackson，1829－1837任职）也拒绝采取执法行动，他甚至嘲笑说："那好：既然马歇尔作出了他的决定，现在就让他自个儿去执行！"[2] 另外一个特例是，1935年罗斯福推行新政时，在最高法院一再裁定新政立法违宪的情况下，他以改组最高法院相威胁，迫使个别大法官重新考虑自己的立场。

美国联邦制的特性决定了最高法院只能对联邦法院行使全

---

① 美国宪法规定，任何一项宪法修正案只有经过国会两院三分之二多数通过、全国四分之三州在规定的时间内批准，方才有效。

② 英文是"Well：John Marshall has made his decision：now let him enforce it!"，Robert V. Remini，*The Life of Andrew Jackson*，New York，Penguin Books，1990，p. 216.

权，但却无权管辖州法院系统，也不能越俎代庖，解释州宪法和州法。不过，最高法院对各类上诉案件的判决，对其他政府部门和各级法院均有约束力。它在判决中对宪法和联邦法律的解释同样适用于联邦法院和州法院系统。因此，它还是能够间接地约束和影响州法院系统的司法活动。

## (三)

美国最高法院追求公正、标榜无私，也的确给世人留下了公正无私的印象。连最高法院大法官的正式头衔都是用 Justice（公正），而非通常用的 Judge（法官）。不过，仔细研读最高法院大法官断案的历史，就会发现不公正也像恶魔一样缠绕着它。毕竟，最高法院的大法官 并非圣贤，孰能无过？杰克逊大法官（Robert H. Jackson，1941—1954 年任职）有句名言道出了问题的实质："我们不是因为没有错误而成为终极权威，我们只是因为终极权

威而没有错误。”[①] 判决黑人不是美国公民的斯科特案（1857）、裁决种族隔离合法并确定“隔离但平等”原则的普莱西案（1896）、认可联邦政府无理拘留日裔美国人的是松案（1944），[②] 可以说是最高法院最差劲判决的典型。

最高法院同样也追求政治中立、强调不偏不倚。但事实上，这也很难完全做到。且不说，总统的提名和参议院的批准过程强烈的党派色彩必然会影响到出任大法官的人选，就是政治思潮的变迁，社会舆论的转向，都会对大法官产生间接的影响。30年

① 原文是“We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final.” Brown v. Allen, 344 U.S. 443, 540（1953），http//laws.findlaw.com/us/344/443.html. 说明：美国宪政学者注明案例出处时最常用的是美国政府编的《美国联邦最高法院判例报告》（*United States Reports*），标注方法简写为卷次 + U.S. + 起始页码 +（年代）。过去，国内学者很难查阅和核对判决书的引文，现在，美国有好几个网站都把重要判决做成数据库放在网上，供读者免费使用。各种网站介绍请参见书后面的“网络资源和参考书目”中的有关部分。本书给出这些案例在法律大全网站（FindLaw, http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html）的位置。核对过文字版的引文，则给出《美国联邦最高法院判例报告》的具体页码。早期《报告》中的案例分成两个部分，第一部分是极简单的案情摘要和双方律师辩论的详尽文字，第二部分才是法院意见。前者所占篇幅有时比后者还多。后期的《报告》除了法院的意见，还编有比较详细的判决摘要（开始叫 statement of case，后来叫 syllabus），但一般略去了律师辩论的内容。另外，前90卷（1875年以前）都署编者（法庭的书记员）的名字，不同编者编的《报告》单独编序列卷号，91卷开始才统一编卷号，故有的美国学者引用前90卷时，采用单独卷号 + 编者 + 页码的作注方式。而且，个别单独编号的版本与后来统一编号的重印本页码有出入，引用和核对时要小心。

② *Scott v. Sandford*, 60 U. S. 393（1857），http://laws.findlaw.com/US/60/393.html; *Plessy v. Ferguson*, 163 U. S. 537（1896），http://laws.findlaw.com/US/163/537.html; *Korematsu v. United States*, 323 U. S. 214（1944），http://laws.findlaw.com/US/323/214.html.

代中期，最高法院对新政立法前后判若两人的立场变化，1950—60年代沃伦法院（Warren Court，1953—1969）[1]对民权和刑事被告权利案件的敏感都是明证。著名大法官奥利弗·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes，Jr，1902—1932年任职）的名言"法律包含了思想交锋中获胜一方的信念"，[2]再好不过地说明了社会环境与法院判决的关系。不过，这一关系与政客们笼络和讨好其选民的作法不可同日而语。用现任开明派女大法官鲁思·金斯伯格（Ruth Bader Ginsburg，1993年起任职）的话说，法院不应该让自己关注于某一天的"天气"（weather），但应该留意特定时代的"气候"（climate）。[3]

最高法院留意这种"气候"的表现之一，是利用它选择案件的权力，来决定受理或不受理哪一类的案件。最高法院奉行"不告不受理"的原则，从不主动出击，甚至只要有可能，最高法院总是试图回避作出决定。因此，从表面上看，非常被动和消极。但是，受不受理上诉案件，受理什么样的上诉案件，却全是大法官们说了算，而且他们几乎从不解释受理的原因。可以这样说，

---

① 美国最高法院大法官终身任职，没有届数，因此人们通常以首席大法官的名字来冠名历届最高法院。自1789年建立至今，美国联邦最高法院一共有16位首席大法官，包括他们在内的大法官全部人数是108位。大法官的权力平等，没有领导和被领导的关系，首席大法官只起召集作用。因此，宪政学者认为他只是"平起平坐诸位中的第一人"（the first among equals）。

② Oliver Wendell Holmes, Jr., "Law and the Court: Speech at a Dinner of the Harvard Law School Association of New York on February 15, 1913", Sheldon M. Novick, ed., *The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Chicago: University of Chicago Press, 1995, Vol.3, pp. 506 – 507.

③ Tony Mauro. *Illustrated Great Decisions of the Supreme Court*, Washington: DC, CQ Press, 2000, p.2.

这一受理决定权和最高法院的判决一样，是大法官们最重要的作用。目前，每年都有7,000个左右的案件递上来，但最后只有100个左右案件被最高法院所接受，也就是说，在这些上诉案件中，只有七十分之一的受理可能性。[①] 所以，这里的学问可就大了，特别是一些大法官想有所作为时。比如，20世纪初，大法官频繁受理有关契约自由和产权的案子，来保护自由放任的资本主义；而20世纪的五六十年代的沃伦法院则对刑事被告的权利情有独钟，推动举国上下对公众自由和公民权利的保护。

不过，最高法院也不能随心所欲地接案子，至少需要4名大法官同意才可以下调卷令。[②] 受理案件的根据大体上有两个标准。首先，是一致性原则。大法官要看一下，上诉的案件与全国其他地方类似的案件是否有同样的结果，如果不一致，他们就要考虑是否有必要受理，以便通过判决形成全国统一的标准，解决以后这类纠纷。

第二是诉讼的可司法性原则（可以由法院裁决，justiciable），这里就有一定的主观性。如果某个诉讼涉及下级法院判定一项联邦法律违宪无效，最高法院肯定会受理上诉。但其他一些涉及宪法权利的案子，尽管社会上极为关注，但最高法院可能以“不可

---

① 在1891年以前，国会的立法规定最高法院有义务接受各种各样的上诉。到了19世纪末，这一作法显然行不通了。随着美国的工业化和城市化的进行和深入，要求复审的上诉案件越来越多，最高法院应接不暇。仅1890年一年，它就不得不处理多达18 000左右的案件，远远超出了最高法院的能力。为此，1891年国会通过立法，赋予最高法院在处理大部分上诉案时的自由裁量权（discretionary jurisdiction）。后来，国会又几次通过法律，减少最高法院必须受理的上诉管辖（mandatory jurisdiction）。到1988年，国会几乎完全废除了最高法院这类强制性上诉管辖。

② 原文为 the writ (order) of *certiorari*，指在下级法院的判决受到异议时，上级法院向下级法院下令，调阅有关案子卷宗的命令。

裁判的争端”为由不理不睬。例如，美国国内枪支泛滥成灾，管制问题日益突出，限制与反限制两派吵得不可开交。但就是对这一涉及美国宪法第2条修正案的持枪权问题，最高法院一再回避，1939年后再没有接过任何这类案子。1990年代，有好几个质疑国防部对待军中同性恋政策的案子，最高法院也一概不理。

最高法院在判定哪些案子可诉哪些不可诉时，大体上也有标准，只不过相对灵活。首先是诉讼的真实性。据最高法院的宪法解释，真实的案件或纠纷是指当事双方之间有真实的相互对立的利益关系。如果双方当事人之间没有真实的利害关系，联邦法院将宣布案件缺乏可裁判性而将其驳回。例如，联邦法官不会受理原告没有遭受任何损失或伤害的案件，因为原告不具有真实原告的“法律地位”。

其次是诉讼的时效性。如果原告所称的损害尚未发生，并且在将来也不会发生，或者要到将来才发生，法院就可裁定起诉的案件“时机不成熟”。此外，联邦法院也不受理原告的损害已经得到补偿的案件。一句话，联邦法院只能受理真实的、现存的案件或纠纷，而不是可能在将来发生的，或者曾经发生过的但原告所受损害已得到补偿的案件或纠纷。

再次是诉讼的回避“政治问题”原则（political question）。如果法官认为，有关案件可以由法院管辖，但这一管辖可能会引起与立法和行政部门的权力冲突时，这类案件可以被看作是“政治问题”而確定为“非司法性案件”给予回避，从而使法院超然于政治漩涡之外，保证司法中立。最典型的就是有关外交政策的各类案子。

显然，平民百姓要把官司上诉到最高法院绝非易事，除了最高法院接受案子的这些苛刻条件外，还要付出巨大的财力和精力。现在，把一项违反公民宪法权利的案件上诉到最高法院至少要花费10万美元，一般需要3—4年的时间。如果没有美国公众

自由联盟[①]等民权团体慷慨资助的话，一般人是无法坚持到底的。

## (四)

一旦最高法院决定受理案件，当事双方的律师就开始忙乎起来，准备庭辩。一些相关的利益集团或个人也以“法庭之友”身份[②]向最高法院提供材料，提醒大法官注意案件的某些方面。在案件审理过程中，只有法庭辩论和宣读判决是对公众开放的。在19世纪，庭辩可能持续数日。如有关联邦和州关系的马卡洛诉马里兰州案（1819年）[③]的庭辩，持续了整整9天。但现在的庭辩，每方只有半个小时的时间！庭辩结束后，大法官们私下讨论，并初步投票，如果首席大法官（Chief Justice）在多数一方，他就自己亲自或指定一位法官起草判决书；如果他在少数一边，就由多数派中最资深的大法官自己起草或指定其他法官起草判决书。

不过，负责起草判决书的大法官，现在几乎个个都是“动嘴不动手”的君子，一般叫其法官助理（law clerk，首席大法官有四个助理，其余的大法官有三个助理）撰稿。对此，一些法律专家颇有怨言。但现任首席大法官威廉·伦奎斯特（William Rehnquist，1971—1986年任大法官，1986—至今任首席大法官）

---

① American Civil Liberties Union，1920年由一些知识精英倡导成立的一个维护宪法个人权利的社会组织，致力于用法律武器来保障和维护美国人的公共自由，是美国最有影响的民权组织之一。

② 原文为拉丁文“*Amicus Curiae*”，指向法院呈送与案件相关的申辩材料，表达对法院所受理案件看法的非当事方（第三方）。

③ *McCulloch v. Maryland*，17 U.S.316（1819），http://laws.findlaw.com/US/17/316.html.

认为这一作法“完全得当”，因为“法官助理绝非可以随心所欲，相反，他所承担的是受到高度限制的任务，会议上的讨论和我给他的建议已经给他划定了范围。”①

经过负责法官修改后，判决书草稿交给其他法官传阅并提意见，直至大家满意。在这过程中，有可能出现个别法官，因为判决书强有力的论证和逻辑而改变立场。这个判决书无论是全体法官一致同意、还是多数法官同意，都被称为法庭意见（opinion of the court）。② 有些法官尽管同意判决结果，但可能不同意断案的根据和逻辑，便会另外提出补充意见（concurring opinions，也可称附加意见）。那些根本不同意判决决定的法官也发表自己的意见，通称为少数意见（minority opinions），一般是各自撰写自己的异议（dissenting opinion），所有这些意见都一一记录在案。著名的斯科特一案，虽然是7比2作出的，但9位大法官各自阐述了他们不同的同意或反对的理由，致使判决书长达250页之多。在个别案例中，最高法院虽然作出了裁定，但对裁决的理由却无法形成一个统一的多数意见，就会形成“各说各的”的多元意见（Plurality Opinion）。在1970年代以后的两届最高法院中，这种多元意见时常出现，这说明随着美国社会的日益多样化和多元化，宪政和司法问题也日趋复杂，连大法官们有时也无所适从，难以达成一致意见。更绝的是，最高法院断案时，还出现过在四比四僵局的情况下，最后一位大法官脚踏两条船，根据不同的理由两

① William Rehnquist, *The Supreme Court*, New Edition, NY: Alfred A. Knopf, 2001, p.262.

② 根据《美国联邦最高法院判例报告》（The United States Reports），判决书无论是全体法官一致同意、还是多数法官同意，都被称为法庭意见（opinion of the court）。在非一致通过的法庭意见中，多数派法官的意见一般被称为多数意见（majority opinion）。

边都投票，形成两个五比四的双重判决。著名的加州大学董事会诉巴基案（1978）就是一项双重判决。[1]

记录在案的不同意见并非不重要，因为真理往往在少数人手中。它们可能是一种超越时代的远见卓识，可能是为弱者呐喊的不同凡响，可能是对未来的希望和憧憬。它们不仅迫使多数派考虑和应对少数派对判决理由和后果的有力质疑，更重要的是，它们可能为法院以后推翻不公正的判决奠定基础。例如，在1896年的普莱西案中，惟一投反对票的约翰·哈兰（John Marshall Harlan，1877—1911年任职）大法官写下了著名异议："在法律的眼里，这个国家不存在一个优越、主导和统治的公民阶级。这里没有这样的例证。我们的宪法是不承认肤色差别的，它不承认、也不容忍公民中间出现等级。……在涉及国家最高法律所保障的人权时，法律不分环境和肤色，对所有人一视同仁"。[2] 半个多世纪后，这一看法才最后被宣布"隔离但平等"违宪的布朗案（1954）[3] 所接受。

一旦判决书完成（如果是一致决定的话），或者多数意见和少数意见完成（如果不是一致决定的话），最高法院便立即公开宣读判决。但1965年以前，通常是选择在星期一宣读。此外，1930年以前是全文宣读，念上几个小时是常事，1857年的斯科特案长达250页，念了整整两天！现在通常是只读摘要。判决书的文字稿同时散发给新闻界和公众，几分钟后，有关法律的网站就刊登出全文，供人浏览研究。

---

① 详情见本书有关巴基案一章。

② Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 559 (1896).

③ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U. S. 483 (1954), http://laws.findlaw.com/US/347/483.html.

## （五）

这样，最高法院通过它的司法判决影响着美国国家政治和社会生活。一旦决定作出，这些决定不仅对现实，而且也会对未来产生影响，它们所确立的原则和标准将直接影响美国联邦和各州法院系统以后的判决。就像布什和戈尔的选票诉讼大战一样，最高法院的每个决定以及它所想要解决的纠纷，都讲述着一个精彩的故事。这些故事折射出美国人民的光荣与梦想、苦难与希望、失败与成功。每一个故事都讲述着美国特定历史时期的重大主题、基本事实和主导的法律理论。

本书收录的就是这些既平凡无奇（因为它涉及的往往是历史上无名小卒和芸芸众生的命运）、又惊心动魄（因为它可能对无数黎民百姓的共同命运带来难以挽回的影响）的案例故事。透过这些案例，读者既可以对美国的历史发展和政治演变有个概要的了解，也可以对宪政的本质和法治的真谛有一个形象生动的认识。

本书可以看作是对美国联邦最高法院工作的一个初步介绍，只是这一介绍是通过案例的形式来实现的。与国内有关美国法律案例的书不同，我们注重的不光是案件的结果、谁输谁赢，而是案子如何能够上诉到联邦最高法院，大法官们又是根据什么作出他们的判决以及这些判决产生了什么样的直接和间接的影响。尽管在讲述案例的时候，我们尽量介绍美国相关的法律制度、术语、观念和哲学，但重点却是想通过案例本身，来帮助读者了解美国宪政法治的本质和内容，因此，我们并不想（实际上也没有这个能力）来对美国最高法院和美国的宪政法治作国内一些学者常常追求的“全面、系统和科学的评价”。

我们所选的案例大都是美国宪政史上的“大案要案”，它们

或是对立法部门的立法或曰制成法（statute law，也译制定法）的否决，或是对宪法条款的重新解释，或是对法院以前判例的推翻。最高法院的这些判决对美国的法律乃至政治和社会生活带来了巨大、甚至是革命性的变化。但是，需要特别说明的是，这些“史无前例”的判例并不是美国宪政法治的常态，更不是全部，甚至不是主流。实际上，在200多年的美国宪政历程中，被联邦最高法院判决违宪的法律，一共只有135项，平均每年一项都不到。

一般而言，美国最高法院日常判决的基本特点是因循守旧和墨守陈规。因此，最高法院著名大法官费莱克斯·法兰克福特（Flex Frankfurter，1939—1962年任职）曾经这样讲过：“我冒昧地建议，对那些极具创见的灵魂，法官席不是一个合适的地方。”在他看来，法官肩负着民众的信任，他必须意识到，“转换观念暗含着与过去太大的决裂，暗含着太多的断裂，因此，不能强加于社会。”[1]原因很简单，宪政法治关注的是整个国家相对长期的稳定和秩序，如果法律朝令夕改，就无法形成作为制度性的法治，也很难使民众形成尊重法律的习惯。

美国法律这种既与时俱进同时又因循守旧的特点，与它深受英国普通法（common law，又译习惯法或常法）传统影响有关。所谓普通法，是指历史上法官根据习惯和惯例所进行的司法判决中逐步形成的、为各方接受的法律，其基本形式是判例法（case law）。即由法官、而不是立法部门立法（making law）。而且，在相当程度上，判例法是在法官与控辩双方律师的互动中形成的，因此也可以说是法官和律师共同立法。普通法的基本原则是“遵

---

① Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court*, New York: Oxford University Press, 1993, p. 36.

从先例”,[①] 即法官断案时，一般必须遵从以前同类案件中法官判决所确立的原则。显然，它最大的好处是维护了法律的权威和秩序的稳定，但其弱点也是明显的：它对社会新变化反应迟缓。也正因为“因循守旧”是它的常态，“遵从先例”是它的原则，那些改变甚至否定先例、同时又创造新的先例的大案要案，就显得格外引人注目。

在案例的选择上，我们首先注意它们在美国历史上的重要性，其次是对中国读者的兴趣，最后是作者自己是否有能力把握这些案件。所有的案例按发生的时间顺序排列，大体上集中在三个领域：美国独特的纵向（联邦和州）和横向（联邦政府的三权分立）分权制度，宪政法治与美国社会经济秩序，宪政法治和公众自由[②] 与公民权利[③] 的保护。为了方便读者，我们另外编写了一个专题目录。读者可以据此仅仅关注那些自己特别感兴趣案件的背景、事实和影响。书中一些案例故事的部分内容曾经在国内的《南风窗》、《读书》、《世界知识》、《南京大学法学评论》、《美国大观》、《看世界》以及海外的《世界周刊》等刊物上发表过，但收入本书时，都作了大小不一的修订和改动。

---

① *Stare Decisis* ，原文为拉丁文，意为“让判决持续有效”。

② 英文原文为 civil liberties，一般译为公民自由。在美国宪政话语中，是指宪法和《权利法案》（即前十项修正案）所列举的各项权利，是对政府专横行为的防范。在美国宪政实践中，生活在美国的外国人以及未成年的孩子都可以享受这些权利。而“公民”在汉语中，常常跟 18 岁以后具有公民权的自然人联系在一起。为避免歧义，故用“公众自由”这一新译代替旧译“公民自由”。

③ 英文原文是 civil rights，也简称为民权。在美国宪政话语中，是指政府保护个人免遭来自私人方面和政府本身危害的积极行为。在美国，民权概念是作为内战的一个结果才出现的，远远晚于公众自由的概念，而且主要是指少数族裔的公众自由和公民权利。

长期以来，人们通常把图书分为通俗读物和学术著作，认为通俗读物是给大众看的，而学术著作通常是给专家看的。但本书试图打破这一分野，力图在这两者之间保持平衡，熔学术著作的准确性和通俗读物的可读性于一体。为此，我们把它定位是一本基于认真学术研究基础上的普及性读物。首先是保证它的准确性和科学性，其次才突出它的可读性和故事性。因此，本书虽然是以法律工作者、大学生和所有关心宪政和法治的普通读者为对象，但也可以作为专业学者研究时的一个参考。为此，书中的全部引文都注明具体出处，书后还附有写作本书过程所依据和参考过的有关美国宪法和联邦最高法院的部分书目，并对每本书加了若干介绍性评语，可以供有兴趣的读者作为进一步研究的参考。

虽然我对所有稿件都作了大小不一的修改，但由于各个案例的撰稿人不同，所依据材料的性质、质量和数量也不一致，因此，写作风格和内容侧重难免有所差异。更为重要的是，这样的写作形式对作者也是一种新的尝试和挑战，失误在所难免，欢迎读者批评指正。

任东来

# 目　　录

# 1. 保守的美国革命产生了长寿的联邦宪法

五百多年前，意大利航海家哥伦布航行到了美洲。此后，欧洲殖民主义者便像嗜血的鲨鱼一样，瓜分了这片肥沃的土地。到17世纪中期，南美和中美洲已成为西班牙和葡萄牙的天下，成为后来的拉丁美洲。北美洲的东海岸主要是英国人和法国人的地盘。英法两国为了争夺北美及世界霸权，打了一场7年战争(1756—1763)，结果法国败北，英国获得了加拿大和阿勒根尼山脉以西直到密西西比河的大片土地，成为了北美的霸主。

在战争期间，北美英属13个殖民地也积极参战，以便获得更多的土地，并消灭反抗的印地安人部落。但战争胜利后，英国人却不允许殖民地人民向西移民，染指新占领的土地。不仅如此，英国人还通过征税和缉私，要殖民地居民来承担战争的费用和英国在北美驻军的开销。这大大得罪了殖民地民众，特别是有钱的人。当时南方的殖民地是奴隶制种植园经济，种植园主要靠向西部的土地扩张来扩大生产，而东北部（通称新英格兰）靠航海及相关的工商业为生，与加勒比海地区的走私贩私是最赚钱的买卖。英国的现行政策却是要断绝他们的生财之道，他们岂有不反之理？

不过，与大部分殖民地的造反不同，北美殖民地的革命是由有钱有势的富人领头起事。他们非常狡猾，知道如何用最低的成本来获得最大的利益，如何获得民众最广泛的支持和同情。他们利用英国普通法的传统，强调“无［议会］代表不纳税”的原

则，高喊“不自由毋宁死”的口号，让世人感觉到他们是为英国人应该享有的权利来反对英国政府。在用和平请愿的方式无效的情况下，1776年7月4日，北美13个殖民地的代表发表了脱离英国的《独立宣言》。它所提出的“人人生而平等”的口号让无数当时和后来的人激动不已。不过，这里的“人人”实际上仅仅是指男性白人。还有一点不能不提的是，在这个历史性文件上签名的56位大陆会议的代表中，25人是律师，因此，称美国革命是律师领导的革命，实在是恰如其分。其余的签字者也都是商人、医生和农场主等有产阶级。

应当指出的是，美国革命和1789年法国大革命有一个共同点，即都公开声称追求自由、民主和平等。但是，这两场革命之间实际上有很大差别。激进的法国大革命以暴力推翻旧制度和旧秩序，在民主和民意的旗号下，雅各宾派革命政府掌握了不受约束的巨大权力，以民主之名，行专制之实，不仅王公贵族人头落地，而且众多革命者也先后成为昔日战友的刀下鬼，结果，自由平等的理想国转眼竟然成为血流成河的屠场。相比之下，保守的美国革命却努力维持现有的秩序和规矩，在宪政法治的制度框架中，建立起虽不够民主但却能保障富人和有产阶级基本权利和自由的共和制民选政府。

经过6年的苦战，而且还是在法国和西班牙等欧洲国家的帮助下，北美殖民地才勉强赢得了战争的胜利，迫使英国承认13个殖民地独立。可是，独立后的日子并不好过，它们失去了原来在英帝国内进行贸易的好处，还要偿还战争中欠下的内债和外债。更糟糕的是，独立后的13个殖民地各自为政，各有宪法，在政治上互不相让，在经济上相互拆台。这也难怪，这13个独立邦，只是为了反对共同的敌人英国才成立了一个基于《邦联条例》的联盟（邦联），并不是一个统一的国家，也没有完整的中央政府。

政治的不统一，经济的凋敝，财政的混乱，导致了社会的动荡和民众的不满，富人和有产阶级的利益再次受到威胁。作为独立战争的领导人，各邦的政治精英心急如焚。1787 年 5 月，他们赶忙召集了一次由各界精英参加的政治会议，打算商讨对策，修改不合时宜的《邦联条例》。谁料想，会议代表违反授权，擅自主张，把修改《邦联条例》的会议变成了制定新宪法的大会。他们之所以敢这么作，固然是形势逼人，时不我待，也是因为参加会议的 55 位代表，均非等闲之辈，都是闻名遐迩的种植园主、商人、银行家或律师。法国贵族学者托克维尔称赞他们“是新大陆当时最精明、最高尚的人物”。[①] 会议代表的一个突出的特点是，既没有下层工农兵群众，也排斥了思想激进的小资产阶级和脱离实际、好高骛远的学者型知识分子。制宪代表当中有三分之二的人从事法律业务，其中 14 人担任过各邦的法官。这些有钱有闲又有法律专长的人开了将近 4 个月的会（5 月 25—9 月 17 日），不停地争吵妥协，最终搞出一部延续至今的美国宪法。不能不承认，就宪法的质量而言，它印证了慢工出细活的老话。

虽然制宪会议的代表中没有学富五车的学者，但却不乏经验丰富的政治家，如华盛顿（George Washington）、富兰克林（Benjamin Franklin），和精通罗马法与英国普通法传统的律师，如汉密尔顿（Alexander Hamilton）和麦迪逊（James Madison）。正如一位会议代表明确宣称的那样：“经验无疑是我们的惟一指南，

① ［法］托克维尔著、董国良译：《论美国的民主》，北京：商务印书馆，上卷，1991，第 126 页。托克维尔的评价显然过高，实际上，这些人精明有余，高尚不足，积极推动他们制宪的一个主要动机是保护他们自己的经济利益。在《美国宪法的经济解释》（商务印书馆，1988 年）中，美国史学大家比尔德以确凿的证据指出了这一点。

而推理会把我们引向歧途"。[1] 代表们丰富的政治经验防止了会议的破裂，而精明的律师技巧又使妥协成为可能。美国的宪法之父并无高深的政治理论，但他们对英王专制给殖民地带来的祸害有痛切的体验，对当时欧洲思想界最先进、最杰出的政治哲学理论了如指掌。于是，他们从英国政治学家洛克（John Locke）那里借鉴了"有限政府"的观念，从法国法学家孟德斯鸠（Charles Louis de Secondat Moutedquieu）那里搬来"三权分立"的武器，并且将这些理论创造性地与北美殖民地的具体实际相结合。一位在在美国从事法律业务的华人学者为此感慨万千：这些代表"既能涵容政治哲学理论的精髓，又能深解人性和民情，不好高骛远，以奠定国政之基。那样的历史时刻，真是罕见。"[2]

美国开国元勋据此制定出的宪法，其根本点就是政府的权力必须受到制约和平衡。那么，美国的宪法是如何实现制约和平衡（制衡）原则的呢？首先是地方（州）和中央（联邦）的制衡。美国的建国史是先有各州，后有联邦，宪法就不得不尊重各州已有的权力。除宪法明确授予联邦政府的权力（如外交权、宣战权、管理州际贸易和对外贸易权、货币发行权等权力）和明确禁止各州拥有的权力（如外交、铸币等权力）外，其余权力皆由各州保留。

其次，是联邦政府立法（国会）、行政或执法（总统）和司法（联邦法院）的制衡。国会制订和通过法律，但需要总统签署才有效；总统可以否决国会立法，国会则能够以三分之二多数推翻总统的否决。而且，国会还可以对民选的总统和终身任职的联

---

① 转引自伯纳德·施瓦茨著、王军等译：《美国法律史》，北京：中国政法大学出版社，1997，第30页。

② 周天玮：《法治理想国：苏格拉底与孟子的虚拟对话》，北京：商务印书馆，2000，第29页。

邦法官提出弹劾。总统是最高的执法官员，又是国家元首和军队总司令，他可以对外订立条约，任命重要外交官员和联邦法院法官，但都需要国会参议院批准；他可以动用军队，但却无权对外宣战。相比之下，联邦法院的权力最不足道，它既不像国会那样掌握着钱袋子，也不像总统那样紧握着枪杆子，它惟一的优势是法官一旦任命，便终身任职。不过，虽然宪法没有明确赋予法院解释宪法的权力，但在美国以后的法治实践中，最高法院为自己争取到了这个权力，从而使自己拥有一个最重要的制衡国会和总统的撒手锏，不过，这是后话。

最后，是各地区和社会利益集团的制衡。当时美国既有弗吉尼亚这样的人口超过 42 万的大州，也有特拉华这样人口不到 4 万的小州；既有南卡罗莱纳这样的南方蓄奴州，也有宾夕法尼亚这样的北方自由州，它们在政治和经济上利益大为不同。国会议员的议席如何分配，着实让宪法之父伤透了脑筋。于是，就有了国会的众议院议席按人口的多寡成比例分配，由此来满足大州的要求，而参议院则不论大州小州，一律只有两个议席，这样小州也皆大欢喜。但南方奴隶的人口是否作为人口统计的基数？最后的妥协是奴隶人口算作为正式人口的五分之三，但南方州也要按这个比例交联邦税。

制宪会议制定宪法不易，而要各州的专门代表大会批准这个宪法更难。按规定，至少要有四分之三的州批准，宪法才能生效。北美民众对英国的暴政记忆犹新，对建立一个中央政府充满忧虑，尽管这个即将成立的共和国比当时世界上所有的政府都要弱小。为了说服民众接受宪法，成立联邦政府，以汉密尔顿和麦迪逊为首的支持宪法者，形成了联邦党人阵营，他们两个和另一位律师杰伊（John Jay），在报纸上匿名发表了为宪法辩护、强调建立联邦政府重要性的通俗文章，产生了巨大的影响，这些文章后来结集为《联邦党人文集》（*The Federalists*），它不仅成为解释

美国宪法的权威之作，而且成为政治哲学理论领域中不朽的经典名著。反对联邦宪法的人被称为反联邦党人，他们抨击宪法缺乏保护基本公众自由和权利的条款，以后民众有冤无“法”伸。不得已，联邦党人同意宪法批准后，立即进行修订，加人保护公众自由的内容。这就是后来宪法的最初十条修正案，也叫《权利法案》（Bill of Rights）。这样，1788年夏，弗吉尼亚、纽约两个大州才勉强批准了宪法，在原则上，宪法开始生效。

1789年4月美国第一届国会召开，其最重要的一项工作，便是在9月通过了《权利法案》。两年后的1791年12月，经四分之三州批准，成为了宪法最初的十条修正案。《权利法案》开了美国修宪的先河。但这次修宪没有多少代表性，因为这十项修正案能够快速且“批量”通过，完全是因为反联邦党人采取“挟修正案以令宪法”的手段，以不修宪就不批准宪法进而不参加联邦相要挟。实际上，美国的修宪程序非常复杂，修宪成功的可能性微乎其微。在此后美国200多年宪政史上，国会提出和讨论的修宪法案成千上万，但是，经参众两院三分之二多数通过，正式提出的宪法修正案，一共只有21条，其中只有17条被四分之三的州在规定期限内批准，最终成为宪法的一部份。但在国会通过和各州批准之间，究竟可以有多长时间，美国宪法并无明文规定。

在美国宪政史上，国会没有为1789至1912年间通过的最初17条宪法修正案规定任何批准期限，但这些修正案得到四分之三的州批准的最长期限是七年。据此，1917年，国会在提出第18修正案时规定：本条除非在国会将其提交各州之日起七年之内，由各州议会按宪法规定批准为宪法修正案，不得发生效力。从此之后，七年的批准期限得到承认。如果在规定期限内未能得到四分之三州批准，该修正案便自动消失。对七年期限的规定。

有人也提出了挑战。*1939* 年，在科尔曼诉米勒案（Coleman v. Miller, 1939）[①]中，最高法院裁决：为宪法修正案规定批准期限属于“政治问题”，批准期限到底多长才合理，应由国会而非最高法院决定。1979 年，为了能够通过男女平权修正案（Equal Right Amendment，ERA），国会将宪法修正案的批准期限延长为十年。但是，此修正案仍然未能在规定期限内得到四分之三州批准。相比之下，批准涉及 18 岁公民选举权的第 26 条修正案花费时间最短，只用了 3 个月；批准第 27 条修正案（涉及国会议员薪水增减），则花了整整 203 年。[②]

1789 年 4 月 30 日，美国第一任总统华盛顿在纽约宣誓就职，至此，美利坚合众国政府才算正式建立。这时，距美国宣布独立，已有整整 13 个年头。作为一项了不起的试验，美国这样一个总统制兼联邦制的共和国能否生存并壮大起来，没有人敢拍胸脯打保票。毕竟，在当时君主制一统天下的历史背景下，美国的政府形式显得那样与众不同、格格不入。欧洲列强，特别是原来的宗主国英帝国，都等着看美国人“四不像”宪政体制的笑话呢！应当承认，在美国这种试验性的宪政体制中，毛病显得特别突出：如果总统强，国会弱，总统必然会独裁专制；如果国会强，总统弱，总统会成为傀儡，出现君无权威，群龙无首的混乱局面；如果联邦强，各州弱，就会造成中央政府集权，联邦制如同虚设；如果各州强，联邦弱，则很容易出现分裂和内战。显然，如何在草创的宪政体制下维持这些繁杂微妙的权力制衡关系，需要极为高超的政治技巧。

虽然美利坚合众国的前景并不明朗，但是，为各州接受并通

---

① *Coleman v. Miller*, 307 U.S. 433 (1939).

② 1992 年批准的第 27 条修正案，最初在 1789 年提出，所以不受 1917 年规定的七年期限和 1979 年规定的十年期限的限制。

过的美国宪法，却为它的成功奠定了基石。但是，如果以过度赞赏的口吻，把美国宪法誉为“上帝作坊”的“神来之笔”，[①] 则未免有些夸张。相比之下，学者出身的威尔逊总统的评论颇为公允。他在从政前，曾写过一本《国会政府》（*Congressional Government*, *1885*）。他在书中指出：“毫无疑问，我们的宪法之所以恒久，就在于它简洁。它是一块奠基石，而不是一座完整的大厦。或者用句老话比喻：它是根，而不是完美的藤”。[②]

我们将会看到，美国宪法之所以不朽，固然与制宪者的远见卓识有关，但与后来执行、运用宪法的行政、立法部门，以及解释宪法的司法部门对它的尊重、呵护和创造性发挥关系更为密切。甚至可以这样说，最高法院对宪法的维护、捍卫和阐释，保证了美利坚合众国大厦的稳定和牢固。历史经验证明，宪法的重要性在于民众对它的信任，而民众的信任完全建立在宪法能否约束官府、约束代表民意多数的议会，以及维护民众的个人自由和基本权利。汉密尔顿曾经说过：“人民对于写在羊皮纸上的文字的力量给予了一种信任，认为它能够促使政府步入正轨，如果要给这种信任起名字的话，它就叫做宪政主义”。[③]

显然，从宪法到宪政，需要有一定的制度保证。在美国，这个制度保证就是独立且有权威的联邦最高法院。从今天美国的各种民意测验可以得知，尽管二战后美国总统的权力（power）越来越大，甚至有了“帝王总统”（imperial presidency）之说，但其

---

① 何清涟：《漫游二百一十年前的美国费城》，《书屋》，1999年第5期。

② 威尔逊著、熊希龄等译：《国会政体：美国政治研究》，北京：商务印书馆，1989，第10页。译文根据原文有所改动。

③ 引自丹尼尔·布尔斯廷：《美国人：建国历程》，北京：三联书店，1993，第512页。

权威（authority）却每况愈下。相比之下，最高法院得到人们的信任程度却总是高于行政和立法部门。其较高的权威恰恰来自其较少的权力，因为人们不太担心非民选的大法官会损害他们的个人权利。

今天的世界上，几乎每一个国家都有宪法。但是，又有多少国家实行了宪政和法治呢？没有宪政的宪法，实际上只是统治者装饰自己文治武功的漂亮花瓶。在人类历史上，曾经有过很多比美国宪法不知美妙多少倍，甚至可谓是尽善尽美的宪法，但却都沦为明日黄花。它们试图构造的人间天堂，尤如过眼烟云，好则成为后人的笑柄，恶则成为百姓的炼狱。

（任东来）

# 2. 美国宪政法治的捍卫者：最高法院的九尊护法神

虽然美国是三权分立的国家，但三权的份量却不平衡。从目前的发展趋势来看，行政权大有盖过立法和司法两权的架式，特别是当国家处于某种紧张和危险状态时。美国现在就有人认为，“9·11 事件”后，美国总统乔治·W. 布什在加强国内治安和对外用兵方面的权力，甚至超过了第二次世界大战期间的总统富兰克林·罗斯福（Franklin D. Roosevelt，1933—1945 年任职）。不过，话又说回来，布什总统这一权力也是国会通过法律授予的，完全是一个愿打一个愿挨的关系。

相对来说，三权之中的司法权，似乎最弱。中国人参观访问美国首都华盛顿，白宫和国会山是必到之站，但是，国会山旁边的联邦最高法院却很少有人留足。这也难怪，即使在美国，一般人的眼睛也都是盯着总统和国会。总统和国会议员是政治明星，不停地在媒体曝光，千方百计讨好选民。相比之下，最高法院的大法官们个个保持低调，与媒体格格不人。联邦法院重大案子的审理，也不允许媒体拍照、录音，更甭说电视实况转播了。[1] 老

---

① 自 1955 年以来，最高法院就有自己的录音系统进行现场录音，但所录磁带存放在美国国家档案馆，一直不对公众开放。经过著名学者兼民权律师伊龙斯（Peter Irons）的斗争，这些录音带才在 1990 年代初对公众开放。据此，伊龙斯编辑了数本有关最高法院辩论公众自由的案件，题为《能否有请法院》（*May It Please the Court*）。

百姓只好通过专业画家的现场素描，来管窥法庭的情景。因为法官们就怕媒体的干扰，影响他们的中立立场和独立的判断力。据说，著名的霍姆斯大法官从不看报，为的就是免受舆论的误导。他们最引人注目的时候，只是在国会举行任命他们的听证会时。被总统提名的大法官人选往往要面对议员们尖酸刁刻的提问，应付新闻界鸡蛋挑骨头般的追根刨底。有时会被搞得灰头土脸，十分难堪。现任大法官中有一位叫托马斯（Clarence Thomas，1991年起任职）的黑人大法官，他在1991年被老布什提名为最高法院大法官时，受到原来的一位女助手性骚扰的指控，闹得满城风雨，差一点没有过参议院批准这个关。他气愤地说，“这是高技术时代的私刑谋杀”。[①] 他的运气算是好的，还有一些候选人，大法官没当上，还惹了一身腥。

尽管就任大法官，面临着家底和个人私生活被翻个底朝天的危险，但出任大法官是美国无数法律专业人士梦寐以求的理想。他所享有的崇高荣耀是其他任何公职所不及的。在美国历次民意测验中，法官的可信度和受尊敬程度几乎总是高踞榜首，远在总统和国会议员之上。法官之所以受人尊重，很大程度上是他们一般不受变化无常的政治和情绪冲动的舆论的影响。美国的宪法保证他们，一朝为官，便可终身任职，决不会再为五斗米折腰。他们既可以不买总统（包括任命他的总统）的账，也可以不听新闻界的“邪”，更没有义务去倾听选民的嚷嚷。

法官不仅受人尊敬，而且还有极大的权威。托克维尔曾经感慨道：“其他任何国家都从来没有创制出如此强大的司法权”。[②]

---

① 引自吴耘编注：《美国的法治面面观》，北京大学出版社，2002，第216页。

② ［法］托克维尔著、董国良译：《论美国的民主》，北京：商务印书馆，上卷，1991，第168页。

其中，最使行政和立法部门头痛的是它的司法审查权，即它对宪法拥有最终的解释权，这就可以使它能够裁定包括国会在内的各级立法部门通过的法律、包括总统在内各级行政当局的政策行为是否合乎美国宪法的条文和要义，有权判定违宪的法律和政策无效。有意思的是，最高法院这一至高无上的权力在宪法的条文中，根本就找不到。它是联邦最高法院第4位首席大法官约翰·马歇尔（John Marshall）在19世纪初，根据宪法的精神，在著名的马伯里诉麦迪逊（Marbury v. Madison）案中，自己给自己争来的。美国宪法正文七条，也就六七千字的样子，加上27项修正案，一共不到万把字。条文虽少，但含义丰富，这就为大法官们解释宪法提供了广阔的空间，寻找其中的微言大义。由于长期生活在一个法治的环境中，一般美国人养成了一种近乎于神圣的宪法信仰，把宪法看作是世俗生活的上帝、一部政治的圣经，最高法院的9位大法官自然也就成为了它的守护神、它的终极阐释者。不过，对于大法官的终极权威，大法官的认识还是相当清醒的。杰克逊大法官（Robert H. Jackson，1941—1954年任职）有句名言道出了问题的实质："我们不是因为没有错误而成为终极权威，我们只是因为终极权威而没有错误。"①

对最高法院的作用，法国贵族托克维尔有精彩的评论。19世纪30年代初，他用9个月的时间，考察了美国的政治民情，撰写了政治学的传世名著《论美国的民主》。他写到："联邦的安定、繁荣和生存本身，全系于七位联邦法官之手。没有他们，宪法只是一纸空文。行政权也依靠他们去抵制立法机构的侵犯，而立法权则依靠他们使自己不受行政权的进攻。联邦依靠他们使各

---

① 原文是 We are not final because we are infallible, but we are infallible only because we are final. *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540（1953），http// laws.findlaw.com/us/344/443.html.

州服从，而各州则依靠他们抵制联邦的过分要求。公共利益依靠他们去抵制私人利益，而私人利益则依靠他们去抵制公共利益。保守派依靠他们去抵制民主派的放纵，民主派则依靠他们去抵制保守派的顽固。他们的权力是巨大的，但这是受到舆论支持的权力。只要人民同意服从法律，他们就力大无穷；而如果人民忽视法律，他们就无能为力。”①

大法官能够作到如托克维尔所描述的的秉公执法，相当程度是因为他们终身任职，俸禄优厚，无后顾之忧。但终身制有时也会带来副作用。大法官一般不病不残是不会退休的，这样一来，他们往往是七老八十的主儿，思想难免保守，跟不上形势。30年代美国遇到了前所未有的经济大萧条，市场机制失灵，资本主义摇摇欲坠。一看这情形，新当选的民主党总统罗斯福抛弃了政府作为市场经济守夜人的角色，锐意改革，推动国会通过众多政府调控经济的立法，号称“新政”，开了美国政府干预国民经济的先河。资本家们不服，告到最高法院。大法官以政府干预、损害私人权益为由，宣布主要的新政立法违宪无效，致使新政改革危在旦夕。一气之下，罗斯福在1936年向国会提出改组最高法院的计划，采取掺沙子的办法，想让国会通过法律，把最高法院的法官人数从9人增加到15人。当时他愤愤不平地对助手讲，决不能让千百万人的命运控制在“九个老家伙手中”。②

尽管罗斯福此时在民众中的威望如日中天，但国会在这个涉

① ［法］托克维尔著、董国良译：《论美国的民主》，北京：商务印书馆，上卷，1991，第169页。

② 引自王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社，2000，第439页。“九个老家伙”或曰“九老”（The Nigh Old Men）的提法，出自当时由两位新闻记者写的一本介绍和评析最高法院大法官立场观点的时政书。Dew Pearson & Robert S. Allen, *The Nigh Old Men*, NY: Doubleday, Doran & Company, 1936.

及美国三权分立政体的根本问题上，还是不敢轻举妄动，接受和批准罗斯福的改组建议。不过，在罗斯福改组最高法院方案的威胁下，一些老法官知趣地退休，空出位置来，让罗斯福提名的法官来接任，避免了一场宪法危机。1937—1939年间，由于老法官退休和辞职，罗斯福愣是获得了7次机会，任命自己的人担任大法官。

其中一位大法官叫威廉·道格拉斯（William O. Douglas），年仅41岁，和罗斯福一样，是小儿麻痹症患者，但后遗症较轻。他在大法官的位置一呆就是36年零7个月，创美国历史上大法官任期之最。此公出身贫寒，对弱者充满同情，在一些民权案子中，永远是站在弱者的一边。不过，他贪财好色的人品常为人诟病。66岁时，他第4次结婚，新娘子才22岁！气得国会内的卫道士要弹劾他。1966年，《洛杉矶时报》揭露，道格拉斯违法在一家基金会兼职，年薪12000美元，累计所得近10万美元。而这家基金会又在赌城拉斯维加斯投资赌场。这还了得，国会内的保守派议员听说后，如获至宝，在国会再次提出弹劾他的议案。无奈，当时国会两院是民主党的天下，在他辞掉兼职后，国会便放他一马。1975年他突然中风，无法上班，理应退休。但是，当时的总统正好是当年积极主张弹劾他的众议院共和党（少数党）领袖杰拉尔德·福特（Gerald R. Ford）[①]，为了不让福特总统有机会任命一个保守派法官接替他的位置，更是报当年的一箭之仇，道格拉斯坐着轮椅，带着尿袋出庭，硬撑十个月。最后还是前功尽弃，在同事和舆论的压力下，不得不提出辞职。

---

① 福特是美国历史上惟一一位没有经过民选的美国总统。他成为总统完全是个偶然。1973年12月，由总统尼克松提名、经国会两院批准，福特就任副总统，接替因逃税和受贿而辞职的副总统阿格纽。次年9月，他接替因水门事件而辞职的尼克松总统，成为美国第38任总统。

可见，最高法院法官虽然标榜政治中立，但由谁来任命法官却完全是一个高度政治化的问题。因此，总统在提名新法官人选时，都非常小心，颇费周折。既要选择那些与自己政治观点一致、社会哲学相似的人士，又必须能够为国会（有时是对立党派控制的国会）所批准。具体说来，影响总统提名的主要有以下五个因素：（1）职业上的客观表现（包括其司法经验）；（2）政治上的可接受性；（3）思想观念上的合适性；（4）个人魅力；（5）地域的、宗教的、种族的、性别的和其他社会政治背景。

总统挑法官也有走眼的时候。50年代共和党总统德怀特·艾森豪威尔（Dwight D. Eisenhower）当政，他提名加利福尼亚州前州长、共和党人厄尔·沃伦（Earl Warren）为首席大法官。谁也没有想到，这个在二战期间积极地执行罗斯福的命令，把加州10多万日本侨民和日裔美国人送到集中营的政客，50、60年代却成为倡导少数族裔美国人的民权和刑事被告权利的急先锋。艾森豪威尔为此后悔不已，自责说任命沃伦“是我平生最蠢的错误”。[①]

尽管艾森豪威尔对沃伦法院的有关判决一百个不满意，但仍不得不依法行事，保证法院废除种族隔离、黑白分校决定的执行，维护法治的权威。为此，在1957年9月，当阿肯色州州长奥瓦尔·福布斯动用州国民警卫队封锁小石城中央中学，阻止9位黑人学生合法入学时，艾森豪威尔不惜动用美军著名的101空降师，护送这9位黑人学生到这所白人中学读书。值得庆幸的是，州国民警卫队及时撤出，否则，酿成武装冲突也说不准。

艾森豪威尔的后悔反应了法官思想倾向的重要性。总的说来，美国最高法院大法官们保守的居多，往往把美国宪法和联邦

---

① Charles J. Pach, Jr. & Elmo Richardson, *The Presidency of Dwight D. Eisenhower*, Lawrence, Kan.: University Press of Kansas, 1991, p. 141.

法律看作是一纸禁令，而不是促进社会改良和进步的工具。这一司法保守主义观念在19世纪后期和20世纪早期发展到了登峰造极的程度。在描述这一时期的司法判决时，一位美国著名历史学家颇为生动地写到："政治战场上到处是被司法之剑砍倒的社会福利法的尸体"。[①]

但是，物极必反，在司法保守主义处于巅峰的同时，最高法院中也出现了司法开明主义的微弱声音。有"伟大的异议者"美誉的大法官奥利弗·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes，1902—1932年任职）就是它的代表。他的一句名言是："法律的生命从来不是逻辑，而是经验"。[②] 在他看来，最高法院应该与时俱进，认可立法部门灵活制定法律的权力，承认为适应时代要求而产生的新法律和新政策，维护弱势社会集团的利益，保证社会公正。这一观念充分地体现沃伦法院在1950—60年代作出的一系列有影响的判决。

（任东来）

① 引自亨利·康马杰：《美国精神》，北京：光明日报出版社，1988，第545—546页。

② Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, New York: Dover Publications, 1991, p.1.

# 3. 美国宪法的英国普通法渊源

200余年来，人们常常感叹美国宪法的神奇。如此简短而又简洁（只有六七千字）的宪法，经过法律家，特别是最高法院大法官的演绎和诠释，居然会有如此丰富的内容，历时210多年而依然鲜活如初，充满活力。要知道，这200多年，从地理上讲，美国从大西洋沿岸的一个狭长地带的13州，扩张到从大西洋到太平洋横跨北美大陆的世界第4大国；从人口上讲，从人种相对单一（白人加上数量不多的黑人和没有统计在内的印第安人）的360万增加到今天几乎包含世界所有种族和族裔的2.8142亿；就社会性质而言，从一个农耕社会发展为以信息业和服务业为主的后工业社会；就国际地位来说，从一个不起眼的新生共和国，愣是成长为世界上独一无二的超级大国。一句话，过去的210多年中，美国国内面貌、社会结构、人口构成和国际地位发生了翻天覆地的变化。面对如此巨大的转变，又老又旧的美国宪法居然能够基本上在维持原貌的框架内，以不变应万变的姿态，从容应对，游刃有余，这不能不说是人类政治史上一个奇迹。

必须承认，美国的成长史是近代以来人类社会最了不起的发展之一。为此，无数的学者试图从不同的方面，地理的、人口的、资源的、经济的、政治的、国际环境等诸方面探索美国成长的奥秘。但宪政学者却认为，美国的宪法及不断发展完善的宪政实乃一切发展的基础，而且，美国宪法作为世界上第一部成文宪法，是美国贡献给现代世界政治的最大制度创新。

对此，美国人颇为自得。美国著名法学家、纽约大学讲座教

授伯纳德·施瓦茨（Bernard Schwartz）曾经指出："美国对人类进步所作的真正贡献，不在于它在技术、经济或文化方面的成就，而在于发展了这样的思想：法律是制约权力的手段"。他甚至不无偏见地声称："在其他国家，权力之争由武装部队来解决；在美国，权力之争由法律家组成的大军来解决"。[①]

显然，施瓦茨断言的前一部分过于武断，后一部分大体正确。[②] 2000年美国总统大选难题的司法解决，无疑再次证明了这一点。无独有偶，《纽约时报》著名评论家托马斯·弗里德曼（Thomas Friedman）对大选案的评论，与施瓦茨的看法惊人一致。在他的看来，美国成功的秘密不在于华尔街，也不在于硅谷，不在于空军，也不在于海军，不在于言论自由，也不在于自由市场——秘密在于长盛不衰的法治及其背后的制度。美国强大的真正力量在于，"我们所继承的良好的法律与制度体系。有人说，这是一种由天才们设计，并可由蠢才们运作的体系。"[③]

没有人想否认这一让美国人倍感自豪的宪政制度是美国人的独特贡献。但是，细究起来，在精神和思想上，美国宪政制度却深深地根植于西方、特别是英国的法治传统。在《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》中，中国留美学者王希教授，令人信服地论证了美国宪法产生的制度背景：独立前，英国北美殖民地的治理都以法律上的契约关系为基础，并建立了内部的自治体制；独立后，各邦都制订了宪法。在争取和维护这一自治体制中，早期殖民者看重和强调的就是两条：1. 他们赋予以特许状形式表现出来的成文法以"几近神圣的地位"；2. 他们把统治者与被统

① 伯纳德·施瓦茨著、王军等译：《美国法律史》，北京：中国政法大学出版社，1997，第2页。

② 施瓦茨教授似乎把南北战争忘得一干二净。

③ Thomas L. Friedman, "Medal of Honor", *New York Times*, Dec 15, 2000.

治者的关系理解为一种相互承诺的契约关系。[①]

但接下来的问题便是，这些殖民者何以有这样的一种理解和见解呢？或者通俗地说，何以会有这么高的政策和法律水平呢？显然，一个制度的形成既需要社会的现实需求和环境条件，同样也需要政治文化和法律思想的滋养。王著对前者着墨较多，对后者虽然谈到洛克政治哲学的影响，但对英国普通法的传统却语焉不详。很自然，作为历史学家，一般都关注前者；作为法律学者，却会较多地关注后者。因此，美国著名宪法学者爱德华·考文（Edward Corwin）的旧作《美国宪法的“高级法”背景》提供了一个非常好的解释。

虽然用一位美国建国之父的话说，美国宪法“是一个反抗的民族在迫切需要的困境中给逼出来的”。[②] 但是，为什么逼出了这样一个确定共和制和联邦制的宪法，而不是其他的东西，如君主立宪之类的解决办法呢？考文的解释是，美国的宪法和宪政来源于自亚里士多德以来西方文明中自然法的观念，来源于英国悠久的普通法传统。

亚里士多德在其《伦理学》中，提出了“自然正义”的观念，认为在政治正义中，既有自然的正义，也有法律的正义，前者与后者不同，它不是国家设计出来的，而是从自然中发现的，具有永恒性、普世性和至高性。他的思想到罗马伟大的法律家西塞罗（Cicero）那里，就变成与理性融为一体的自然法的观念：“真正的法律乃是正确的理性，它与自然和谐一致，它散播至所

---

① 王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社，2000，第7－8，22－23页。

② 爱德华·考文著、强世功译：《美国宪法的“高级法”背景》，北京：三联书店，1996，第Ⅱ页。这篇论文最早是在1928和1929年两期《哈佛法律评论》上连载的。

有的人，且恒古不变、万世长存；它以其命令召唤人们履行义务，以其禁令约束人们为非作歹。……［这种法律］是一种永恒不变的法，无论何时何地，它都有效。"① 甚至在通常认为是黑暗时代的欧洲中世纪，自然法的思想仍然顽强地生存下来，且有所发展。考文认为，如果说古典的自然法观"融入更审慎的、人类权威的法令之中而施以其主要好处，而中世纪的自然法观则是另外一种，即自然法从外部制约和限制权威"。② 不过，在中世纪的欧洲大陆，这样的自然法还仅仅停留在观念层面，而在隔海相望的英国，不仅有观念，而且还发展出一套制度。这就是它的普通法（Common Law）。

13世纪中期，英王亨利三世时代有位了不起的大法官，叫布雷克顿（Bracton，Henry de，生年不详，死于1268年）。在其终生都未完成的巨著《英格兰的制成法和普通法》（*The Statute and Common Law of England*）中，布雷克顿明确提出了"国王本人不应该受制于任何人，但他却应受制于上帝和法律，因为法律造就了国王。因此，就让国王将法律赐予他的东西——统治和权力——再归还给法律，因为在由意志而不是由法律行使统治的地方没有国王"。他的"国王在万人之上，但却在上帝和法律之下"的名言，更是广为传颂。布雷克顿甚至提出了约束国王的具体办法："如果国王没有约束，就是说如果没有法律约束，那么法官和男爵们就应当给国王施以约束"。

1215年英王约翰与他的男爵们所签署的《大宪章》，无疑是这一观念的具体化。在随后的一个多世纪里，《大宪章》不仅像普通法那样可以作为诉讼的依据，而且拥有了"高级法"的特

① 考文前引书，第5页。

② 考文前引书，第16页。

征：任何制成法如与《大宪章》相悖，则“必然是无效的”。[①]于是，不承认君主的意志具有法律效力，变成一项英国普通法的准则。而且，君主也无权改变法律，更不能未经民众的同意便剥夺属于民众的东西。这样，法治的传统而非人治的选择在英国初露端倪。

但是，《大宪章》的影响在都铎王朝（1457－1603）时期明显削弱。这一时期，英国国王巧妙地把中世纪的英国议会从对付王权的基地，改造为对自己有利的工具。17世纪初，因为没有继承人，都铎王朝寿终正寝，给《大宪章》的支持者以新的机会。趁着第一个斯图亚特王朝（1603－1649）权力未稳之际，《大宪章》的支持者对王权进行了反击，其中最出色的代表便是爱德华·柯克爵士（Sir Edward Coke，1552－1634）。

柯克是英国宪政史上最出色的法官和法学家，毕业于剑桥大学，1578年成为律师。11年后，成为议员，1592年担任 皇家的副检察长（solicitor general）。1606年成为高等民事法院院长（chief justice of the Court of Common Pleas）。尽管英王一再委以他王座法院大法官（chief justice of the King's Bench）和枢密院（ the Privy Council）成员的重任，但丝毫改变不了他用普通法约束王权的政治理想。1620年代，柯克参与起草了《权利请愿书》，使之成为英国不成文宪法的一部分。

此外，柯克还是为勤于著述的法学家。他把自己当大法官时审理的案件，编为法院《报告》（*Reports* ），逐年发表（1600－15，1656－59）。他生前和死后出版的 四卷《英格兰法总论》（*Institutes of the Laws of England*，1628－1644年出版 ），奠定了他作为英国法集大成者的地位。政治上，柯克继承并发展了布雷克顿的法治思想。在限制王权的问题上，他进一步明确提出：“除

① 考文前引书，第21，35，23，28页。

了法律与国家认可的特权外，国王没有特权”。而且，国王自己不能解释这种特权，只有法官才是权威的解释者。[①] 在《大宪章》的性质问题上，他认为《大宪章》之“大”，“不是由于它的篇幅，而是由于它所包含的内容至关重要且崇高伟大，简而言之，它是整个王国所有的基本法律的源泉”。他重申，任何与它相悖的判决和法规“皆为无效”。[②]

考文认为，柯克提出的司法审查观念、既应约束国王也应约束议会的基本法观念、法律之下的议会至上等思想深深地影响了美国制宪先贤和美国宪法。的确如此，美国革命时期的领导人，特别是有法律背景的领导人，无一不从布雷克顿和柯克的著述中获益非浅。[③] 在当时的北美殖民地，柯克的书和其他英国法律教科书卖得跟在英国一样火。尽管美国革命的领导人亨利·亚当斯（Henry Adams）和汤姆斯·杰弗逊（Thomas Jefferson）作为学生研习法律时，都曾经抱怨过柯克乏味单调的文风和只言片语、缺少连贯的评点，但后来，他们都承认柯克的书让他们终身受益。亚当斯称柯克是“我们青少年时代的启迪者”。杰弗逊赞扬说：在论述英国宪政和公民权利方面，没有人比柯克造诣更深。为此，在向渴望学习法律的年轻人推荐书目时，杰弗逊总是选择

---

① 考文前引书，第41页。

② 考文前引书，第55页。柯克甚至还大胆地提出：“如果议会的行为背离基本人权和理性，那么普通法应对这一行为进行监督控制，并宣告它无效”。见庞德（Roscoe Pound）著、唐前宏等译：《普通法的精神》，北京：法律出版社，2001年，第52页。此书也是本经典性著述，1921年在美国出版。但中译本译文有欠完善。

③ 在北美殖民地《独立宣言》这个历史性文件上签名的56位大陆会议的代表中，有25人是律师，因此，美国革命也可以说是律师领导的革命。

柯克等人的普通法著作。[①]

不仅美国第一代领导人制宪时受英国普通法传统的影响，第二代领导人在巩固宪政方面也从其中汲取不少养分。有“伟大的首席大法官”美誉的约翰·马歇尔（John Marshall）自学法律时，用的就是他父亲用过的一本威廉·布莱克斯通（Sir William Blackstone，1723－1780）的《英国法注释》[②]（*Commentaries on the Laws of England* 1765－1769年出版）。布莱克斯通是牛津大学法学教授，著名英国法权威。面马歇尔的同时代人，曾经在美国独立之初担任纽约州最高法院大法官、被认为是州法院系统中最了不起的大法官詹姆斯·肯特（James Kent）则回忆说：“这部著作鼓舞了我，使我产生了敬畏之情”。[③]

对布莱克斯通和柯克的影响，美国学者曾经给予很高的评价。美国一本标准的法律辞典就称：“布莱克斯通的法律理论基本上造就了殖民地居民的态度，并且在费城制宪会议上激烈地反映出来”。[④] 哈佛大学法学院院长家庞德（Roscoe Pound），这位在20世纪上半叶对美国法律思想产生过重大影响的法学家则认为，正是在美国最初两代法律家的努力下，“柯克以人权和理性作为约束议会的基本原则思想在美国得以实现”。[⑤]

除了普通法传统外，美国宪法另一个思想源泉无疑是英国思想家洛克的政治理论。他借用自然法的观念，提出了天赋人权

---

① 《美国法律史》，第17－18页。

② 在美国革命前，此书在美国已售出大约2500册左右，而当时殖民地的白人人口不过150万上下。考文前引书，第88页。据马歇尔自己讲，他父亲并没有多少墨水，可见当时殖民者对法律的重视。

③ 同上，第17页。

④ 彼特·伦斯特洛姆编、贺卫方等译：《美国法律词典》，北京：中国政法大学出版社，1998，第26页。

⑤ 庞德前引书，第52页。

（natural rights）和有限政府的理论。对于他的影响，考文和王希都有充分的论述。[①] 值得注意的是，考文指出了他们两人之间在观念上的联系和差别。他认为，洛克的自然法观突破了柯克就英国论英国的狭隘眼界，用普遍性的语言强调了一个普遍性的原理。"柯克努力使普通法历史上形成的程序，成为约束权力、特别是英国王权的永久手段，而洛克给立法权施加的限制，更看重于保护个人权利。"[②] 此外，柯克的论述常常有"托古改制"的味道，而洛克则直截了当进入主题。但在突出制度建设（如司法审查）方面，洛克却没有柯克的先见之明。显然，他们俩人的区别既是因为时代不同——洛克的论述出现在1688年光荣革命之后，而柯克的看法却是发表在1640年英国革命之前；也因为身份不同，洛克是位政治哲学家，看重的是理性、观念、原则和普遍性；柯克是位法律家，强调的是经验、历史、个案和特殊性。

美国制宪先贤了不起的地方，在于他们通过妥协的方式，把两位英国思想家的见解、英国普通法的传统与北美殖民地的自治及制宪经验有机结合，融会贯通，炮制出既有明确原则、又有具体条款、既可以操作、又富有弹性的美利坚合众国的第一部、也是迄今为止惟一的一部宪法。

（任东来）

---

① 考文前引书，第62－71页，王希前引书，第15－16，32－35页。

② 考文前引书，第73页。

# 4. 最高法院至高无上的权力是谁给的?

## ——马伯里诉麦迪逊案（1803）[1]

2000年美国总统选举，最后出现了最高法院大法官“选”总统的奇特局面。民主党总统候选人戈尔（Al Gore）尽管心里一百个不服气，背后又有赢得多数普选选票的民意撑腰，但表面上也不得不表示，完全尊重和服从最高法院的权威，老老实实地宣布竞选失败。

是谁赋予了最高法院如此巨大的政治权力呢？是宪法吗？不是。美国宪法只是规定了行政、立法和司法三权分立和制衡的政府格局，并没有明文赋予最高法院一锤定音的最终权威。是选民和民意吗？当然也不是。与行政首脑（总统）和立法者（联邦参众两院议员）经选举产生不同，最高法院九位大法官是由总统提名，经参议院半数批准通过产生，而且终身任职（除非受到国会弹劾），跟选民和民意根本不搭边儿。

说出来可能都没人敢信，最高法院至高无上的政治权力是最高法院大法官自己赋予自己的。1803年，最高法院首席大法官马歇尔（John Marshall，1801—1835任职）通过对马伯里诉麦迪逊一案的判决，初步确立了联邦最高法院在美国政治生活中至高无

---

① *Marbury v. Madison*, 5 U. S.137 (1803), http: // laws.findlaw.com/US/5/137.html.

上、一锤定音的权威。

## （一）党派斗争 法官星夜任命

马伯里（William Marbury）是美国首都华盛顿市乔治城镇（Georgetown）一位41岁的富商；麦迪逊（James Madison）是美国的开国元勋，当时任美国政府国务卿。富商马伯里究竟有何政治背景？他为什么要起诉国务卿麦迪逊呢？说起来，这桩影响极为深远的诉讼大案，与当时美国政坛中的党派斗争有直接关系。

经过六年的反英独立战争，美国终于在1783年赢得了独立。美国人虽然赶走了殖民地的英国军队和总督，但却继承和发扬了英国法治传统的合理部分。1787年9月，经联邦制宪会议制定通过，人类历史上第一部成文宪法在美国费城诞生。但是，美利坚合众国的正式建立，却是在联邦宪法被各州批准之后。[①] 1789年3月4日，联邦政府正式宣告成立。独立战争时期的大陆军总司令乔治·华盛顿将军（George Washington）于当年4月6日被推选为第一任美国总统。

在历届美国总统之中，华盛顿是惟一一位“无党派人士”。政党制度如今已成为美国宪政体制中的一个重要组成部分，但作为国家根本大法的美国宪法及其修正案，并无只言片语提及政党制度。当时大多数的制宪先贤都认为，政党实质上就是结党营

① 美国宪法于1787年9月17日由联邦制宪会议表决通过；1788年6月21日新罕布什尔批准宪法之后，宪法已被四分之三州（九个州）批准；但实际上，当弗吉尼亚和纽约两个重要的大州于1788年6月25日和1788年7月26日批准宪法之后，联邦宪法才算被正式批准。1789年3月4日联邦政府宣告成立，宪法正式生效。联邦成立之后，北卡罗莱纳州于1789年11月21日批准宪法，罗德岛州于1790年5月29日批准宪法。

私、恶性竞争的代名词。华盛顿在位期间，内阁中国务卿杰弗逊（Thomas Jefferson）和财政部长汉密尔顿（Alexander Hamilton）两人政见相左，逐渐形成了勾心斗角的两大派系，华盛顿对此深恶痛绝。当了两届总统之后，华盛顿谢绝政界人士和国民的再三挽留，放弃了垂手可得的终身总统宝座，告老还乡。1796年离任时，华盛顿发表了著名的《告别词》，他语重心长地警告国民："党派终将成为狡猾奸诈、野心勃勃、毫无原则的人颠覆人民权力的政治工具。"[1]

警告归警告，现实归现实。德高望重的老总统回老家种地后，美国政坛中的两大政党终于正式形成。拥护汉密尔顿的一派正式组成了联邦党（Federalist party），拥护杰弗逊的一派自称为民主共和党（Democratic－Republican party，该党是1828年成立的美国民主党的前身，与1854年成立的美国共和党没有关系）。大体而言，联邦党人主张加强联邦政府的权力，反对激进的法国大革命；而民主共和党人则主张维护各州的自主地位，对外同情法国大革命。美国宪法虽然将联邦权限明文列举于宪法，并将未列举的权力则归属于各州。但是，由于这部宪法相当简练，解释的弹性很大，因此，谁拥有对宪法的解释权，谁就可以在政治斗争中处于有利的地位。

18世纪末19世纪初，美国的政党制度和选举政治还很不成熟，总统和副总统混在一起选举，获得选举人票最多者成为总统，其次为副总统。于是，继华盛顿之后，开国元勋、联邦党人亚当斯（John Adams）当选为第二任美国总统，而民主共和党人杰弗逊则成为他的副总统。在其第一届任期即将期满的1800年7月，亚当斯任命年仅45岁的联邦党人马歇尔出任国务卿，他自

① George Washington, Farewell Address, September 19, 1796. 引自 George Washington, *Writings*, New York: The Library of America, 1997, p.968.

己则集中精力投入竞选，争取连任总统。

马歇尔来自南方弗吉尼亚州，与杰弗逊、麦迪逊等民主共和党人有同乡之谊，并成长于大致相同的人文环境和传统之中，接受类似的古典教育，同属于当地的绅士阶层，一起投身于反英独立战争。但是，他们虽然志同，道却不合。作为弗吉尼亚州最成功的律师之一，马歇尔怀疑平民政治，认为杰弗逊过于执著各州的权力。马歇尔既不是麦迪逊那样知识渊博、思想深刻的制宪领袖，也不是杰弗逊那类才华横溢、百科全书式的全才。但他经历广泛，政治经验丰富，思维敏锐，洞察力极强，尤其擅长从复杂的案情中迅速抓住问题的要害。

与华盛顿、杰弗逊、麦迪逊、亚当斯等开国元勋和制宪先贤不同，马歇尔属于美国的“第二代领导人”。独立战争期间，年轻的马歇尔曾在华盛顿指挥的大陆军中担任军衔为上尉的副军法官（Deputy Judge Advocate）。战争初期，马歇尔目睹了大陆军中各邦民兵建制庞杂，各行其是，缺枪短粮，指挥混乱，溃不成军的困难局面，他深深地体会到，建立一个强大而统一的联邦权威，对于美国未来的强大和发展具有至关重要的意义。20余年后，马歇尔出任联邦最高法院首席大法官，极力维护联邦至上的宪政原则，显然与他当年的军旅经历有直接关系。[1]独立战争后，马歇尔先后干过执业律师以及州议员、联邦外交特使，联邦众议员等职务，在法律事务以及政府行政和立法部门积累了丰富而全面的经验。这是他后来能够成为一位伟大的大法官的重要因素。

1800年美国总统选举，是美国宪政史上极其重要的一页，其历史意义和深远影响，远远超过了二百年之后小布什（George

① 马歇尔曾回忆说：“我作为一个弗吉尼亚人参加独立革命，闹完革命变成了一个美国人”。引自 Nathan Aaseng，*Great Justices of the Supreme Court*，Minneapolis：The Oliver Press，Inc.，1992，p.21.

W. Bush）与戈尔之间的选举大战。在这次总统选举中，由于联邦党人内讧突起，亚当斯总统败给了民主共和党候选人杰弗逊。在同时举行的国会选举中，联邦党也是一败涂地。这样，联邦党人不但失去了总统的宝座，同时也失去了国会的控制权。在此背景之下，美国的宪政体制第一次面临着严峻的考验：国家最高权力能否根据宪法程序，以非暴力的形式在不同党派之间和平交接，关系到新生的美利坚合众国的生死存亡。还好，大权在握的联邦党人以国家利益为重，没有舞刀弄枪，拒绝交权，而是采取了“合法斗争”的手段。他们利用宪法赋予总统的任命联邦法官的权力，极力争取控制不受选举直接影响的联邦司法部门，借以维持联邦党人在美国政治生活中的地位和影响，以求卷土重来。

1801 年 1 月 20 日，亚当斯任命国务卿马歇尔出任最高法院首席大法官。参议院批准后，马歇尔于 2 月 4 日正式到职赴任，但他仍然代理国务卿职务，只是不领国务卿的薪俸。这种状况，一直持续到 1801 年 3 月 3 日亚当斯总统任期届满为止。接着，趁新总统上台和新国会召开之前，国会中的联邦党人于 1801 年 2 月 13 日通过了《1801 年司法条例》（The Judiciary Act of 1801），[①] 该条例将最高法院大法官的法定人数从六名减为五名，以防止出现判决僵持的局面。但实际上，由于这项规定将从任何一位现职大法官退休或病故后，才开始正式生效，所以其目的之一显然是想减少杰弗逊总统提名民主共和党人出任大法官的机会。同时，

---

① U.S. Congress, An act to provide the more convenient organization of the Courts of the United States. February 13, 1801. *United States Statutes at Large*, vol.2, 89-100. 说明，国内学者以前很难直接查阅、核对 200 年前美国国会的立法文件，但如今已可以在国会图书馆的“百年立法”（A Century of Lawmaking）网站中查阅到 1789 至 1873 年美国国会全部文献的电子版。网址为：http: //memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwsl.html.

它还将联邦巡回法院由根据《1789年司法条例》（The Judiciary Act of 1789）规定的三个增至六个，由此增加了16个联邦巡回法官的职位。这样，即将下台的"跛鸭总统"亚当斯在卸任之前，可以借机安插更多的联邦党人进入联邦司法部门。

两个星期之后，联邦党人控制的国会又通过了《哥伦比亚特区组织法》（The Organic Act for the District of Columbia），[①] 正式建立首都华盛顿特区市，并授权亚当斯总统任命特区内42名治安法官（Justice of the Peace），任期5年。1801年3月2日，亚当斯总统提名清一色的联邦党人出任治安法官，马伯里身列任命名单之中。第二天，即亚当斯总统卸任的当天（1801年3月3日）夜里，即将换届的参议院匆匆忙忙地批准了对42位治安法官的任命。后人把这批法官挖苦为"午夜法官"（midnight judges）。

## （二）官运受阻　马伯里告上法院

按照规定，所有治安法官的委任状应由总统签署、国务院盖印之后送出，才能正式生效。当时正是新旧总统交接之际，马歇尔一面要向新国务卿交接，一面又要准备以首席大法官的身份主持新总统的宣誓就职仪式，忙得一塌糊涂，晕头转向。结果，由于忙乱和疏忽，竟然有一些治安法官的委任状未能在他卸任之前

① U.S. Congress, An act concerning the District of Columbia. February 27, 1801. *United States Statutes at Large*, vol.2, 103－108.

及时送出。[1]而马伯里恰好身列这拨倒霉蛋之中。

对于联邦党人在权力交接前夜，大搞以党划线、“突击提干”的损招儿，新上任的民主共和党总统杰弗逊早已深感不满。当听说有一些联邦党人法官委任状滞留在国务院之后，他立刻命令新任国务卿麦迪逊扣押了这批委任状，并示意麦迪逊将它们“如同办公室的废纸、垃圾一样处理掉”。[2]

接着，针对联邦党人国会在换届前夜的立法，民主共和党人控制的新国会针锋相对，以牙还牙，于1802年3月8日通过了《1802年司法条例》（Judiciary Act of 1802），[3]废除了《1801年司法条例》中增设联邦巡回法院的规定，砸了16位新任联邦法官的饭碗。不过，新国会没有撤销任命42名治安法官的《哥伦比亚特区组织法》。为了防止联邦党人控制的最高法院挑战新国会通过的法案，国会采取重新安排最高法院开庭日期的办法，改一年两次开庭为一次开庭，使最高法院从1801年12月到1803年2月期间暂时关闭，时间长达14个月之久。当最高法院再次开庭时，已经是1803年2月了。

马伯里虽然家财万贯，但对治安法官这个七品芝麻官却情有

---

① 马歇尔在给其弟詹姆斯·马歇尔的信中承认：“我担心，种种责怪将会归咎于我”。“由于极度忙乱和瓦格纳先生（Jacob Wagner，马歇尔在国务院的助手）不在”，致使已经签字和盖章的法官委任状未能及时送出。John Marshall to James Marshall, March 18, 1801. Herbert A. Johnson, ed., *The Papers of John Marshall* , Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1990, vol.6, pp.90－91.

② Charles S. Hyneman, *The Supreme Court on Trail*, New York: Atherton Press, 1963, p.75.

③ U.S. Congress, An act to repeal certain acts respecting the organization of the courts of the United States, and for other purposes. March 8, 1802. *United States Statutes at Large*, vol.2, 132.

独钟。就这样不明不白地丢失了法官职位，他觉得实在是太冤，非要讨个说法不可。于是，马伯里拉上另外三位同病相怜的难兄难弟，聘请曾任亚当斯总统内阁的总检察长（Attorney General）[①]查尔斯·李（Charles Lee）为律师，一张状纸把国务卿麦迪逊告到了最高法院。他们要求最高法院下达执行令，[②]命令麦迪逊按法律程序交出委任状，以便走马上任。控方律师起诉的根据，源自《1789年司法条例》（The Judiciary Act of 1789）第13款d条中的规定：联邦最高法院在法律原则和惯例保证的案件中，有权向任何在合众国的权威下被任命的法庭或公职官员（persons holding office）下达执行令状。[③]

麦迪逊一看对手来头不小，便来了个兵来将挡，旗鼓相当，请杰弗逊总统内阁的总检察长莱维·林肯（Levi Lincoln）出任自己的辩护律师。这位林肯先生真不愧是现职总检察长，办案派头十足，接了案子以后，竟然连法院都懒得去，只是写了一份书面争辩送交最高法院，声称马伯里诉麦迪逊案是一个涉及党派权力斗争的政治问题，跟法律压根儿就不沾边，最高法院管不着这种根本就扯不清楚的党派斗争。

接到控方律师的起诉状和辩方律师寄来的书面争辩后，马歇

---

① 总检察长现在一般译为司法部长。这个职位虽然是1789年建立的，但当时只是一个非全职（a part - time position）的内阁职位，直到威廉·沃特（William Wirt）任职期间（1817－1829），才成为全职位置。即使这样，他仍然是光杆儿司令一个，因为司法部（Justice Department）要到1870年才建立，只有到这时，才可以称司法部长。

② 原文为拉丁文 writ of mandamus，也译训令状。在英美普通法中，指有管辖权的法院对下级法院、政府官员、机构、法人或个人下达的要求其履行法定职责行为的命令。

③ U.S. Congress, An act to establish the judicial courts of the United States. September 24, 1789. *United States Statutes at Large*, vol.1, p.81.

尔大法官以最高法院的名义致函国务卿麦迪逊，要求他解释扣押委任状的原因。谁料想，麦迪逊对马歇尔的信函根本就不予理睬。在当时的法律和历史环境下，麦迪逊这种目中无人、无法无天的行为是一件稀松平常的事，因为联邦最高法院当时实在是一个缺乏权威的司法机构。制宪先贤汉密尔顿曾评论说："司法部门既无军权，又无财权，不能支配社会力量与财富，不能采取任何主动行动"，是"分立的三权中最弱的一个[1]"。

1789年生效的美国宪法虽然规定了行政、立法、司法三权分立与制衡的格局，但这部宪法以及后来增添的宪法修正案，对于宪法最终解释权的归属问题，从未做出任何明确规定。这部宪法没有赋予最高法院向最高行政当局和国家立法机构指手划脚、发号施令的特权，更别提强令总统、国务卿以及国会服从最高法院的判决了。

从宪政理论角度看，按照欧洲思想家洛克、孟德斯鸠、卢梭关于限权政府、分权制衡、主权在民的宪法和制度设计原则，行政权、立法权和司法权的职能和权限应当严格区分，相互独立，彼此之间"井水不犯河水"。另外，在分立的三权之中，如果一定要判定哪一权处于更优越的地位，那显然应是拥有民意基础的立法权。无论如何也轮不到非民选的司法部门占据至高无上、一锤定音的权威地位。

这样，马伯里诉麦迪逊一案，实际上使马歇尔陷入了一种左右为难、必输无疑的两难困境。他当然可以正式签发一项执行令，命令麦迪逊按照法律程序发出委任状。但麦迪逊有总统兼美军总司令杰弗逊撑腰，他完全可能对最高法院下达的执行令置若罔闻。既无钱又无剑的最高法院若向麦迪逊国务卿强行发号施

---

[1] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊等著、程逢如等译：《联邦党人文集》，北京：商务印书馆，1980，第391页。

令，却又被置之不理，只会让世人笑掉大牙，进一步削弱最高法院的司法权威。可是，如果马歇尔拒绝马伯里合理的诉讼要求，那就等于主动认输，承认最高法院缺乏权威，无法挑战行政部门高官目无法纪的举动，不仅愧对同一阵营中的联邦党人战友，而且使最高法院颜面扫地。

审，还是不审，成为一个令马歇尔极为头疼的大难题。经过半个多月的苦思冥想，他终于琢磨出了一个两全其美的绝妙判决，令后人拍案称奇，赞不绝口。马歇尔的判决既表现出司法部门的独有权威，又避免与行政当局和国会迎头相撞、直接冲突，为确立司法审查（Judicial Review）这个分权与制衡体制中的重要权力奠定了基石。

## （三）巧脱困境　绝妙判决令人称奇

1803年2月24日，最高法院以5比0的票数（William Cushing大法官因病未参加投票）对马伯里诉麦迪逊案作出裁决。首席大法官马歇尔主持宣布了法院判决书，他在判决中首先提出了三个问题：

第一，申诉人马伯里是否有权利得到他所要求的委任状？

第二，如果申诉人有这个权利，而且这一权利受到侵犯时，政府是否应该为他提供法律救济？

第三，如果政府应该为申诉人提供法律救济，是否是该由最高法院来下达执行令，要求国务卿麦迪逊将委任状派发给马伯里？

对于第一个问题，马歇尔指出："本院认为，委任状一经总统签署，任命即为作出；一经国务卿加盖合众国国玺，委任状即为完成"。"既然马伯里先生的委任状已由总统签署，并且由国务卿加盖了国玺，那么，他就已经被任命了；因为创设该职位的法

律赋予该官员任职5年，不受行政机关干预的权利，所以，这项任命是不可撤销的，而且赋予该官员各项法律上的权利，受到国家法律的保护”。马歇尔的结论是：“因此，拒发他的委任状，在本法院看来，不是法律所授权的行为，而是侵犯了所赋予的法律权利”。[①] 所以，马伯里案是一个法律问题，不是政治问题。

对于第二个问题，马歇尔的回答也是肯定的。他论证说：“每一个人受到侵害时，都有权要求法律的保护。政府的一个首要责任，就是提供这种保护。合众国政府被宣称为法治政府，而非人治政府。如果它的法律对于侵犯所赋予的法律权利不提供救济，它当然就不值得这个高尚的称号”。马歇尔甚至上纲上线说：“如果要除去我们国家法律制度的这个耻辱，就必须从本案的特殊性上做起”。[②]

那么，按照这个思路和逻辑继续推论下去的话，在回答第三个问题时，马歇尔似乎理所当然地就该宣布，应由最高法院向国务卿麦迪逊下达强制执行令，让马伯里走马上任，官复原职。可是，马歇尔笔锋在此突然一转，他引证宪法第3条第2款说：“涉及大使、其他使节和领事以及一州为一方当事人的一切案件，最高法院具有原始管辖权（original jurisdiction）。对上述所有其他案件，最高法院具有上诉管辖权”。[③]

---

① *Marbury v. Madison*, 5 U. S.137, 154, 162 (1803). 说明，5 U. S. 为《美国联邦最高法院判例报告》（*United States Reports*）第5卷，137为1803年马伯里诉麦迪逊案的判决书在第5卷中的起始页码，154，162为直接引语在第5卷中的页码。*United States Reports* 由美国政府出版，是联邦最高法院判决书的最权威版本．*United States Supreme Court Report — Lawyer's Edition* 和 *Supreme Court Reporter* 这两种非官方出版的文献也收录联邦最高法院判例，但内容有编辑和删节。

② *Marbury v. Madison*, 5 U. S.137, 163 (1803).

③ *Marbury v. Madison*, 5 U. S.137, 154, 174 (1803).

如果把马歇尔的上述引证换成一句通俗易懂、直截了当的大白话，那就是说，马伯里诉麦迪逊案的当事人既非外国使节，也不是州政府的代表，所以，最高法院对这类小民告官府的案子没有初审权。马伯里告状告错地儿了。按照宪法规定的管辖权限，马伯里应当去联邦地方法院去控告麦迪逊。如果此案最终从地方法院逐级上诉到最高法院，那时最高法院才有权开庭审理。

可是，富商马伯里高薪聘请的律师、前任联邦总检察长查尔斯·李并非不懂诉讼程序的外行，他之所以一开始就把马伯里的起诉状直接递到了联邦最高法院，依据的是国会1789年9月通过的《1789年司法条例》第13款。

针对这个问题，马歇尔解释说，《1789年司法条例》第13款是与宪法相互冲突的。因为它在规定最高法院有权向政府官员发出执行令时，实际上是扩大了宪法明文规定的最高法院司法管辖权限。如果最高法院执行《1789年司法条例》第13款，那就等于公开承认，国会可以任意扩大宪法明确授予最高法院的权力。

马歇尔认为，此案的关键性问题在于，“是由宪法控制任何与其不符的立法，还是立法机构可以通过一项寻常法律来改变宪法。在这两种选择之间，没有中间道路。宪法或者是至高无上、不能被普通方式改变的法律；或者它与普通法律处于同一水准，可以当立法机构高兴时被改变。如果是前者，那么与宪法相互冲突的立法法案就不是法律；如果是后者，那么成文宪法就成为人们的荒谬企图，被用来限制一种本质上不可限制的权力。”①

话说到此，宪法的神圣性已呼之欲出。接着，马歇尔趁热打铁，抛出了最后的撒手锏。他斩钉截铁地指出：“宪法构成国家的根本法和最高的法律”，“违反宪法的法律是无效的”，“断定什么是法律显然是司法部门的职权和责任”。如果法官不承担起维

---

① *Marbury v. Madison*, 5 U. S.137, 177 (1803).

护宪法的责任，就违背了立法机构所规定的就职宣誓，“规定或从事这种宣誓也就同样成为犯罪”。[1] 据此，马歇尔正式宣布，《1789 年司法条例》第 13 款因违宪而被取消。这是美国最高法院历史上第一次宣布联邦法律违宪。

## （四）制度创新　司法审查原则草创

马伯里一看当个治安法官竟然这么费劲儿，连总统签了字、国务院盖了戳儿的委任状都成了白条，若要从基层法院一级一级地上诉到最高法院，还不知要等到哪个猴年马月。灰心丧气之余，他只好撤回了起诉。此公后来当上了一家大银行的总裁，比当治安法官实惠多了。

从表面上看，联邦党人马伯里没当成法官，麦迪逊国务卿也没送出扣押的法官委任令，马歇尔似乎输了这个官司。但实际上，马歇尔是此案真正的大赢家。

首先，马歇尔通过此案向国家立法机构国会宣布，不仅宪法高于一切法律，而且判定法律本身是否符合宪法这个至关重要的权力与立法部门无关。换句话说，立法机构不得随意立法，只有最高法院才是一切与法律有关问题的最终仲裁者。

其次，马歇尔通过此案向国家最高行政部门宣布，宪法的最终解释权属于司法部门。因此，司法部门有权判定最高行政当局的行为和行政命令是否违宪，有权对行政当局的违宪行为和命令予以制裁。

这样，虽然宪法规定任何法律都应由国会和总统决定和通过，但最高法院拥有解释法律的最终权力，有权判定法律是否违宪。而最高法院的裁决一经做出，即成为终审裁决和宪法惯例，

---

① *Marbury v. Madison*, 5 U. S.137, 177 – 178 (1803).

政府各部门和各州必须遵守。所以，最高法院不仅拥有了司法审查权，而且在某种意义上拥有了“最终立法权”。美国学者梅森（Alpheus T. Mason）认为，与英国王权相比，美国最高法院不仅仅是权威的象征，而且手握实权，“它能使国会、总统、州长以及立法者俯首就范”。[①]

马歇尔的高明之处在于，从表面上看，他的做法天衣无缝。因为宣布《1789年司法条例》第13款因违宪而被取消的做法，是对最高法院自身权限的限制，所以，国会找不出任何借口与最高法院对抗，也没有任何理由弹劾最高法院大法官。另外，马歇尔虽然宣布司法部门有权判定行政当局的行为是否违宪，但他并没有向麦迪逊国务卿发出执行令，只是建议马伯里去下级法院控告麦迪逊。这样，行政当局同样找不出任何借口与最高法院过不去，也根本无法挑战马歇尔大法官的裁决。实际上，杰弗逊等民主共和党人已经有所准备，即便最高法院下了执行令，他们也不会执行。但道高一尺，魔高一丈。马歇尔来了一个明修栈道，暗度陈仓，在为马伯里正名争气的同时，避开了民主共和党人所设的陷阱，把判决转向法律与宪法孰重孰轻这一根本性问题。

美国的法律体系是成文法与判例法的结合，既然立法和行政部门无法推翻最高法院对马伯里案的判决，那么，按照英美普通法系“遵循先例”（*stare decisis*）的原则，此判决将作为宪法惯例被后人永远引用和遵循。据统计，在最高法院以后的判决中，马伯里案高踞被引用的案例之首，达数百次之多。

根据这一经典案例逐渐确立的联邦法院司法审查权，包括相当丰富的内容：第一，联邦法院是联邦立法和行政部门立法和行

---

① 转引自 Henry J. Abraham, *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, New York, Oxford University Press, 1998, p.177.

为合宪性的最终裁定者。第二，联邦法院是州立法机关和行政部门立法和行为合宪性的最终裁定者。第三，联邦法院，特别是联邦最高法院，有权审查州法院的刑事与民事程序法规，以确定这些程序法规是否符合联邦宪法的要求。

通过对马伯里案的裁决，马歇尔一方面加强了联邦司法部门与其他两个政府部门相抗衡的地位，使司法部门开始与立法和行政两部门鼎足而立，另一方面增强了联邦最高法院作为一个政府机构的威望与声誉，使最高法院成为宪法的最终解释者。可以说，这是美国政治制度史和人类政治制度史上的一个伟大的里程碑。一百多年之后，美国最高法院大法官卡多佐（Benjamin N. Cardozo，1932—1938 任职）赞叹道："马歇尔在美国宪法上深深地烙下了他的思想印记；我们的宪法性法律之所以具有今天的形式，就是因为马歇尔在它尚具有弹性和可塑性之时，以自己强烈的信念之烈焰锻铸了它"。[①] 马歇尔传记的作者史密斯（Jean E. Smith）赞扬说："如果说乔治·华盛顿创建了美国，约翰·马歇尔则确定了美国的制度。"[②]

但是，历史进程并不是涅瓦河大街，制度创新也不是一夜之间完成的。马伯里诉麦迪逊案收场后，杰弗逊总统极为恼火。在杰弗逊看来，行政、立法与司法部门之间应当是一种三权分立、平起平坐的关系，凭啥司法部门要凭借司法审查权高人一等呢？杰弗逊认为："宪法没有赋予法官替执法部门决策的权力，就像执法部门无权为法官作决定一样。在各自负责的领域，两个机构彼此平等独立"。"宪法欲使政府各协作部门之间相互制衡。但

① Benjamin N. Cardozo, *The Nature of Judicial Process*, New Haven and London: Yale University Press, 1991, pp.169 – 170.

② Jean E. Smith, *John Marshall: Definer of a Nation*, New York: Henry Holt and Company, Inc., 1996, p.1.

是，如果授权法官决定法律是否违反宪法，使法官不仅在司法部门的地盘自行其是，而且还在立法和执法部门的行动范围独断专行，那将使司法部门成为一个专制暴虐的机构”。[①]

杰弗逊总统的担忧，在很大程度上是基于政治现实的考虑。如果联邦党人控制下的最高法院一而再、再而三地利用司法审查权，推翻民主共和党国会制定通过的重要法律，那么，美国的分权制衡体制就会因党派斗争而陷入瘫痪。即使国会能够启动宪法程序弹劾最高法院大法官，但结果将是彻底削弱联邦最高法院的政治地位和司法权威。无论发生何种情况，一场宪法危机似乎已在劫难逃。

然而，政治的奥秘在于妥协。尽管杰弗逊总统忧心忡忡，但出乎意料之外的是，在马歇尔大法官领导之下，联邦最高法院自我约束，见好就收，并没有单纯从党派利益出发，凭借司法审查权与杰弗逊总统和民主共和党人死拼硬抗，频繁地否决新国会的立法，使最高法院成为“专制暴虐的机构”。1803年3月2日，即马伯里案结束六天之后，在审理斯特奥特诉莱尔德案（Stuart v. Laird, 1803）时，联邦党人控制下的最高法院妥协退让，承认了《1802年司法条例》的合宪性。[②]更为重要的是，在马伯里案之后的30余年中，马歇尔法院再也没动用过司法审查权。而杰弗逊总统在8年任职期间，也表现出大局为重和超越党派分歧的宪政精神，保留了联邦党人在加强联邦权威方面的主要建树。

一些美国宪法学者认为，马歇尔对马伯里案的绝妙判决，实

---

① Thomas Jefferson, Letter to Mrs. John Adams, September 11, 1804. 引自 H. A. Washington, ed., *Writings of Thomas Jefferson*, New York: John C Riker, 1857, vol.4, p.561.

② *Stuart v. Laird*, 5 U.S. 299 (1803), http: //laws.findlaw.com/US/5/299.html.

际上只是当时党派政治斗争的产物。它在当年并未产生任何实际法律效力，其作用只是为司法机构今后审查国会立法的合宪性奠定了基础。[①] 此外，这个判决也有一个非常明显的自相矛盾之处，因为马歇尔断案的法律根据，是最高法院对此案没有初审权。既然如此，他根本就不应做出任何判决，而是应当依法把案子打回到有管辖权的联邦地方法院。可是，马歇尔大法官并没有这样做，他一方面根据《1789 年司法条例》第 13 款接受此案，另一方面又以它与宪法相冲突为由，宣布它违宪。[②] 不过，马歇尔似乎可以辩解说，他接受此案时，并不知道无权审理，无权审理只是后来在审理过程中获得的一个新认识。还有，马歇尔是这个案子缘起的当事人之一，理应回避，但他却没有这样做[③]。这个在很大程度上是出于党派斗争需要的司法判决，后来却成为美国宪政历程的里程碑，这不能不说是一个历史的嘲讽。不过，人类历史有太多这样的例子，不光彩的动机成就了伟大的事业。

1789 年生效的美国宪法，一直被后人誉为人类政治制度设计的伟大典范，恩泽绵远，千古流芳。其实这种评价好像有点儿过高了。原因在于，在宪法最终解释权问题上，实际上就是在涉及三权分立与制衡这个具有美国特色的国家宪政制度，以及究竟

---

① 参见 R. Kent Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge: Louisiana State University Press, 2001, p.158.

② 参见 Christopher Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge - Made Law*, New York, Basic Books, Inc., Publishers, 1986, pp.84 – 85.

③ 美国在立宪建国之初，法律法规很不完善。比如，1801 年 2 月 4 日至 1801 年 3 月 3 日期间，马歇尔作为地位仅次于总统、副总统的第三号行政首脑，却兼任联邦最高法院首席大法官，显然违反了分权制衡原则。相比之下，在马伯里案中，马歇尔身为当事人却没回避，只不过是小事一桩。

是权大还是法大这一宪政法治的基本原则问题上，1789年宪法并无开创性建树。由于历史的局限，这部宪法没有明确规定联邦最高法院拥有对宪法的最终解释权，结果使司法在三权中处于最弱的一方，使三权分立与制衡制度形如虚设。按照这种宪法设计，缺乏权威的联邦最高法院实际上可有可无。比如，在马伯里案中，国务卿麦迪逊对最高法院让他解释扣押任命公文原因的信函，干脆就懒得搭理。

但话又说回来，在美国宪法的条款中，实际上可以引申出最高法院拥有宪法解释权的原则。在美国宪法之父的理论探索中，也有关于最高法院应当拥有司法审查权的论述。美国宪法第3条第2款规定，最高法院的权限之一，是受理涉及宪法和联邦法律的纠纷。既然是涉及宪法的纠纷，最高法院在裁定时，显然要阐明它对宪法的解释。在《联邦党人文集》第78篇，制宪先贤汉密尔顿精辟地指出："解释法律乃是法院的正当与特有的职责。而宪法事实上是，亦应被法官看作是根本大法，所以对于宪法以及立法机关制定的任何法律的解释权应属于法院，如果二者之间出现不可调和的分歧，自以效力及作用较大之法为准，亦即：宪法与法律相较，以宪法为准"。在汉密尔顿看来，立法机关必须受到一定的限制和约束，"此类限制须通过法院执行，因而法院必须有宣布违反宪法明文规定的立法为无效之权。"[①] 所以，马歇尔的判决绝非无源之水，空穴来风，而是有相当坚实的根据。

但是，马歇尔在判决书中，对于为什么非民选的最高法院却有权力宣布代表人民的国会所制定的法律违宪这个重要问题，并未从宪法理论上给予令人信服的解释。然而，制度创新的基础，并非尽善尽美的宪政理论或立法。在英美普通法系中，法规或制度的演变和创新，主要是基于司法实践以及司法经验和惯例的积

① 《联邦党人文集》，第391—393页。

累和发展。议会立法形成的法律，只是法律的一部份，大量的法律是由法院的判例法构成。实际上，在立法过程中，普通法系国家的法院和法官在事实上早已占据和扮演了极为重要的地位和角色。这种制定和解释法律的习惯和传统，对美国司法审查制度的形成和发展具有重要意义。

应当指出的是，美国在殖民地时期和独立初期，受英国枢密院审查北美殖民地立法的司法判例的影响，州一级的法院已经出现了一些类似司法审查制度的判例。1786 年罗德岛州的特维特诉维登案（Trvett v. Meeden，Rhode Island，1786），就是其中最著名的一个案例。此案的基本情况为，罗德岛州议会立法，规定纸币为合法货币，但州最高法院法官认为该法案“不得人心并违反州宪法”（repugnant and unconstitutional），使其最终失去了法律效力。[①]

由于英国普通法传统对北美殖民地的深厚影响，由于宪法之父的杰出思想以及当时和后来的美国政治家们对政治规则的尊重和善于妥协让步的特点，加上马歇尔大法官在司法实践中超乎寻常的智慧和努力，在宪政法治的历史进程中，美国最高法院逐渐成为分权制衡体制中举足轻重的关键角色，使美国政治制度真正具有了三权分立、相互制衡的特点，使司法审查制度不仅成为美国宪政体制有别于英、法等西方国家政治制度的一个重要特点，

---

① *Trvett v. Meeden*, Rhode Island (1786) . Leonard W. Levy and Kenneth L. Karst, ed., *Encyclopedia of the American Constitution*, New York: Macmillan Reference USA, 2000, vol. 6, p.2723.

而且成为美国宪政法治的基石。[1]

二百年后的今天，在美国最高法院的院史博物馆中，惟有马歇尔大法官一人享有全身铜像的特殊待遇。在九位大法官专用餐厅的墙壁上，则并列悬挂着马伯里和麦迪逊二人的画像。仿佛是在提醒每一位大法官，一汤一饭当思来之不易。若不是当年马歇尔大法官在马伯里诉麦迪逊一案中令人称奇的绝妙判决，恐怕就不会有今天最高法院至高无上的权威。戈尔和小布什各自的拥护者，没准儿已在白宫前面真刀真枪地开打了。

（陈伟　任东来）

① 有关英国普通法对美国宪政的影响可参见爱德华·考文著、强世功译：《美国宪法的“高级法”背景》，北京：三联书店。虽然英国普通法传统对美国宪政法治影响极大，但美国宪政体制并非英国体制的简单复制。比如，英国至今没有成文宪法；英国最高法院遵循议会至上（Parliamentary Supremacy）的传统；英国大法官无权撤销英国议会通过的法案。

# 5. 契约神圣原则与大学自治传统

## ——达特茅斯学院诉伍德沃德案 (1819)[①]

在美国这个法治国家，一个通行的金科玉律就是私有财产不可侵犯。但私有财产的确定和确认需要契约来规范。显然，政府的更替、社会的变动、阶级的冲突都可能影响到契约的有效性。为此，美国宪法第 1 条第 10 款特别规定，任何一个州都不得“通过任何公民权利剥夺法案[②]、追溯既往的法律[③] 或损害契约义务的法律”。但宪法文本的规定要化为现实生活的法治还有赖于法官们的努力。美国联邦政府成立之初，就遇到了一项有关契约的案子——达特茅斯学院诉伍德沃德。而联邦最高法院首席大法官马歇尔对此案的一纸判决，不仅维护了契约神圣的原则，也使美国私立大学的发展有了坚强的法律后盾。

---

① *Dartmouth College v. Woodward*, 17 U. S. 518 (1819), http://laws.findlaw.com/US/17/418.html.

② 原文是 bill of attainder，它源于 16－17 世纪的英国。当时英国议会可以通过法案，而不是司法机关的审判，来判定某人犯有叛国等重罪，剥夺其公民权，有时还会连带惩罚其后代。

③ 原文是 *ex post facto laws*，它是指追溯立法生效前行为的法律。即这种过去的行为虽然根据目前的立法是违法的，但却不违反当时的法律。因此，不能用事后通过的法律来惩罚过去的行为。

## （一）私立学院内讧　政治权力干预

在美国东北部的新罕布什尔州，有一所颇有名气的私立文理学院，叫达特茅斯学院（Dartmouth College），它是美国著名的8所长春藤大学[①]之中的小老弟。该校成立于1769年。那时北美还是英国的殖民地，由当时的英国总督向学院颁发了经国王乔治三世（George III）签字的特许状（charter）。根据这一特许状，学院建立了用于募捐的信托基金，设立了管理学院的董事会，它有权补充董事缺额，选任院长。1779年，学院首任院长去世，其子约翰·惠洛克（John Wheelock）接任。

惠洛克也是位革命家，积极投身于华盛顿领导的美国革命。在美国独立战争功勋卓著，退役前是华盛顿麾下大陆军中的一名中校。虽然他打仗有一套，但管理学校则是个地地道道的外行。此公只能用指挥部队的那一套来管理学院，当时的学校很小，只有文史哲三个教授。他自己则兼任美国式政治课——神学课的教授。课堂上，他完全采取填鸭式教学，整个儿是满堂灌，容不得学生任何质疑和讨论。学院董事会对惠洛克的工作作风和教学风格颇有微辞，但他倚老卖老，我行我素，不仅不虚心接受批评，而且还偷偷散发匿名小册子，攻击董事会滥用学院公款，干涉学院教学。不过，学院董事会亦非等闲之辈，它是由包括联邦国会参议员、众议员和法官在内的8位当地社会贤达组成。1815年，在调查出惠洛克是匿名小册子作者后，董事会便依据学校章程，炒了惠洛克的鱿鱼。

但惠洛克不仅不认输，反而来了个“小人先告状”，跑到新

---

① 其他7所是布朗、哥伦比亚、康乃尔、哈佛、普林斯顿，宾夕法尼亚和耶鲁大学。

罕布什尔州议会，控告达特茅斯学院的董事会挪用学院基金资助乡村传教活动，浪费学校公款，干涉学校教学。他认为这些行为足以构成“毁约”，请求州议会设法采取补救措施，为他恢复名誉和地位。显然，惠洛克这样做的目的是想让州政府出面，干预学校的内部事务，改变自己在与校董们斗争中的不利地位。因为他是民主共和党人，校董们则是联邦党人，而这时新罕布什尔州的大部分议员和州长都是民主共和党人。

州议会遂组成调查小组，前去学校考察。校董会利用这一机会，向调查小组揭发了惠洛克滥用职权，损害学校利益的种种不当作法，并说明乡村传教工作系经惠洛克本人批准。调查小组正准备把调查结果写成报告，交给州议会，州议会却根据惠洛克的一面之词，在 1816 年 6 月 27 日通过了一项改变达特茅斯学院性质的法律。

## （二）学院易名 官司乍起

这项法律修改了达特茅斯学院原来的特许状，把学院转为公立大学，由州长威廉·普卢默（William Plumer）和州政府选派的监事会（overseer）管理。普卢默这样作的主要理由是，州政府有权决定以如何方式来管理大学，他还批评原来学院自行决定连选连任的体制是贵族专制，违背美国人珍视的民主和自由的原则。

对州政府的决定，达特茅斯学院的董事会当然不服。他们致函州长，表示不接受新罕布什尔州议会 6 月 27 日通过的法律，拒绝采取结束学院的行动，强调任何文教机构都拥有不可侵犯“权利、特权和财产”。[①] 董事会的抗命进一步惹怒了州政府，

① G. Edward White, *The Marshall Court and Cultural Change, 1815 - 1835*, Abridged edition, NY: Oxford University, 1991, pp.613.

1816年年底，州议会通过新的法律，对抗命的学院董事会成员和教授每人罚款500美元，这在当时可不是一个小数字。

面对州政府的压力，学院的秘书兼司库威廉·伍德沃德(William Wardwood)吃不消了，便退缩了。他偷偷地带走学院的校印、账本和文件，投奔了新设的公立大学。在伍德沃德拒绝归还这些物品后，学院的董事会向州法院控告伍德沃德非法侵占学院财物，要求他将校印、账本等物归还学院；他们还连带控告新罕布什尔州议会擅订法律，未经正当程序剥夺了他们的财产权，破坏了具有契约（contract）效力的特许状，损害了他们被宪法所保护的契约权利，要求法院宣布州议会6月27日通过的法律无效。

但新罕布什尔州的各级法院均站在州政府一边，判原告败诉，其主要的理由是达特茅斯学院非私人财产，而系公共机构(public corporation)。即使该校最初系由董事会出资创办的，董事会也不能只为私人利益考虑而把它仅仅看作是私人财产。该校既具有公共性质，加之独立后建立起来的州政府，业已继承了原有的英王殖民地的一切权力和责任，作为民意机构的州议会就有权修改原来的特许状，并把它改为公立大学。

有州议会和法院判决的撑腰，惠洛克趾高气扬，走马上任，成了新设的达特茅斯大学校长，接管了原来学院的校舍和图书馆。但学院的董事会拒不屈服，苦苦挣扎，他们一方面因陋就简，把教室设在教授的家中，利用社会上的图书馆继续办学，另一方面，募集资金，把案子上诉到联邦最高法院。

表面看来，这一案子所涉及的是现任的立法机构是否可以改变它所继承的政府给法人的特许状这一小问题，但实际上，它是一个非常重要的法律问题，因为契约权力实际上是一种重要的产权，它涉及的是资本主义的核心问题。在首席大法官马歇尔看来，是一个“大是大非”的问题。

## （三）报效母校　韦伯斯特语惊四座

为达特茅斯学院辩护的是它从前的毕业生丹尼尔·韦伯斯特(Daniel Webster)。此公是美国历史上的传奇人物，出身新罕布什尔一个殷实的农家，从小天资聪明，勤奋好学。1797 年考入达特茅斯学院，毕业后研读法律，自学成才，1805 年通过考试，成为律师。聪明的天资加后天的勤奋，韦伯斯特最终出人头地，成为美国历史上最有名气的辩护律师，仅在最高法院就出庭辩护过 168 个案子。他“［律］师而优则仕”，1812 年年仅 30 岁就以联邦党人的身份当选为国会众议员，后来又作过联邦参议员和三届美国国务卿，竞选过美国总统，用其滔滔的辩才为国效力。从 1812 年出道，到 1852 年去世，在其 40 年的公职生涯中，不论是在法庭还是在国会，他一生都为维护和巩固美国联邦的统一、完整和权威奔走呼号。

韦伯斯特仪表堂堂，讲究形象，因此看上去总是威风凛凛，据说是最高法院出庭律师中最英俊的一位，也是参议院中罕见的美男子。但在私节上，此公的表现却令人诟病，他嗜酒如命，见钱眼开，不见支票不演讲。他时而也钻法律空子，搞一些权钱交易，议员公务和律师职业，两不耽误，相互促进。因此，在 19 世纪美国的公众人物中，很少有人像他那样靠自己赚那么多的钱。同时，他挥金如土，入不敷出，终身债务缠身，至死都没有还清。文学家爱默生（R.W. Emerson）曾经生动地概括了韦伯斯特的“生活三原则”：“绝不偿还任何可能逃过的债务；绝不做任何可以拖到明天的事情；绝不做任何能找到别人替自己做的事

情。"[1]不过，这些原则主要是对外人，对家人和亲密朋友，他却能放下架子，以诚相待，欢乐相处。显然，韦伯斯特的自私自利，也需要亲朋好友的关爱来平衡。

达特茅斯学院案，是韦伯斯特第10次上最高法院出庭辩护，但却是最重要的一次。他当时已在法律界崭露头角，不过，没有多少人相信他能够打赢这场官司，连他自己也没有多大的把握。因为在当时最高法院的7位大法官中，有5位是民主共和党人。只有首席大法官马歇尔和大法官华盛顿是联邦党人。韦伯斯特之所以接这个案子，一方面是因为它涉及到法人团体契约权利这一重要问题，更重要的是，达特茅斯学院是他的母校，于公于私他都必须尽力而为，为此，他精心准备了辩护词。

在1818年3月10日开庭的那天，韦伯斯特从容不迫地开始陈述。他旁征博引，侃侃而谈，从学院特许状的由来，讲到英美普通法中对特许权和契约的保护。这一辩词熔法、理、情于一炉，听（读）起来令人荡气回肠，感人肺腑。这篇真正的"最佳辩护"，成为美国法治史上不朽的名篇。

"达特茅斯学院系私人之善业（private eleemosynary institution），存在已有半个世纪。学校的特许状，由英王乔治三世核发，承认该院为法人（corporation）。对董事会来说，此特许状实为一份契约，因为当初校董会是以创办一所学校为由向英王提出申请的。特许状获准后，校董会便以私人资产和私人名义开办了这所学校。

新罕布什尔法院所谓该校既从事公益，应属于公众之论，纯系标新立异，不能成为理由。试问有谁会指派立法机构去替他管理自己的善业呢？在此之前，又有谁听说过学院、医院或救济院

---

[1] 转引自 G. Edward White, *The Marshall Court and Cultural Change, 1815 - 1835*, Abridged edition, NY: Oxford University, 1991, pp.271.

所接受的馈赠居然会变成了对州政府的馈赠呢？由此足以证明新罕布什尔州议会对达特茅斯学院的处理，明显构成了侵占行为。

根据美国宪法第1条第10款的规定，各州不得制定法律去破坏契约义务。如果宪法不是一纸空文的话，那么，它在这一问题上必然会约束立法机关的权力。即使根据新罕布什尔州宪法的规定，该州亦无权在未经法院审判之前，擅自对人民作判决，并没收人民的财产。此外，法人的权利，应与个人无异，法人的印信、文件和账本等，乃是其财产，扣压其印信、文件和账本等，无异于侵占其财产。

本案绝非通常的普通案件，而是非同寻常，它不是影响到达特茅斯一个学院，而且将影响到全国所有的学院和文教机构。……把这些文教机构置于时刻存在着的党争和变化不定的政见的控制下，是一项危险的、极度危险的作法。如果此类特许权可以随时被夺走或损害，那么，财产也可以被剥夺和改变用途。……［这样的话］所有高尚的灵魂都会离开学校而远去，学校遂成为政治角逐的舞台。”①

说到这里，韦伯斯特停了下来，含着眼泪，哽咽地请求道：“达特茅斯学院是个微不足道的教育机构，它的命运操在诸位手中。法官先生，你们可以把它毁掉，但请记住，它正揪着很多人的爱心。对于我来说，当看到母校面临四面楚歌时，就如同看到凯撒在元老院任人宰割。我并非母校的骄傲，但我仿佛听到母校在对我说：你是我的儿子。”

韦伯斯特的这番慷慨陈词，令在场的所有人为之动容，一片

---

① *The Great Speeches and Orations of Daniel Webster* with an Essay on Daniel Webster as a Master of English Style by Edwin P. Whipple, Littleton, Colorado: 1993, pp.1－23.

鸦雀无声，连不轻易动感情的马歇尔也热泪盈眶。[①] 为了慎重起见，马歇尔决定暂时压制自己的感情，宣布延期判决。州政府方面死活没有想到韦伯斯特会有这么一手，赶忙去巴尔的摩，请来当时美国最有名的大律师威廉·平克尼（William Pinkney)。平克尼和被告商量了一个星期，很有把握地说他能够把案子翻过来。第二次开庭时，已经是一年后的2月2日。平克尼要求重新听证，但马歇尔拒绝了他的要求，并称最高法院已作出判决，以5票赞成、1票反对、1票弃权宣判原告达特茅斯学院获胜。

## (四）法人权利确定　达特茅斯学院枯木逢春

由马歇尔代表最高法院撰写的判词，把案件分成两个问题：(1）达特茅斯学院的特许状能否看成是联邦宪法所要保护的契约，如果回答是肯定的话，那么，(2）新罕布什尔州议会通过的法律，是否构成毁约行为？

尽管在此之前的弗莱彻诉培克（Fletcher v.Peck）一案中，马歇尔已根据美国宪法第1条第10款（即著名的保护契约条款 Contract Clause)，宣布个人的财产属于不可被任何法律剥夺的既

---

① 这个感人肺腑的结尾并没有出现在 Whipple 所编的韦伯斯特讲演集正文中，而是出现在他写的导读中，Ibid., pp.XXI－XXII.。但是，这一结尾及其所产生的现场戏剧性效果，一直被广泛引用。据美国学者研究，这可能是个以讹传讹的神话。因为它最早出自耶鲁大学教授 Chauncey Goodrich1853 年的一封信，时年64岁的 Goodrich 当时回忆了28岁时聆听韦伯斯特雄辩的情景，并复述这一流传至今的结尾。但现存的其他4位当事人的回忆，都没有这个内容。不过，他们的回忆都提到了演讲的感人效果。参见 G. Edward White, *The Marshall Court and Cultural Change*, *1815 – 1835*, Abridged edition, NY: Oxford University, 1991, pp.615 – 618.

定权利（vested right）之一。[1]但在本案中，马歇尔把这一条款进一步延伸到法人。既然韦伯斯特以达特茅斯学院拥有免于州立法干涉的宪法契约权利为由，马歇尔遂着重分析契约条款和达特茅斯学院法律地位的关系。他发现，学院的特许状就是一份契约，特许状所确立的学院是一个私人团体而非像新罕布什尔州议会所认定的那样是一家公共机构。

为此，马歇尔开宗明义，指出“毋庸置疑，本案的种种条件构成了一个契约。向英王申请的特许状是为了建立一个宗教和人文的机构。申请书本身就指出，为此目的，已有大量捐赠，一旦机构创立，就将转给该机构。特许状获准后，捐赠财产如约转让。可见，完整和合法契约所需之一切要素皆存在于在这一转让中。”[2]

针对被告提出的“契约”一词包含了政府和它的公民之间的政治关系，因此为了公众的利益，州议会有权根据形势的变化，通过法律的形式来改变契约的观点，马歇尔认为，契约不能作如此随意地理解，契约是神圣的，它不会因为美国独立而失效，它保证一个法人存在的永久性。在这里，他对法人（corporation）进行了经典性的论证：

“法人是一个人为的、不可分割的、无形的、只能存在于法律的思考中。……作为纯粹是法律的创造物，法人拥有它根据最初的特许状所转让的特权，或有明文规定，或是自其存在之日起附带而来的。此外，它还有能够最好地实现其目标的那些特性。……这其中，最重要的就是它的永久性（immortality），如果还有别的话，便是它的个体性（individuality）；被许多人恒久继承的财产权利可以被看作是同一的，看作是一个单个人的行为。这些

---

① *Fletcher v. Peck*, 10 U. S. 87, 135 (1810).

② *Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. 518, 625 (1819).

特权和特性使一个社团能够管理自己事务，掌握自己财产……”①

就这样，通过马歇尔的解释，宪法契约条款所包含的“财产权”包括了法人的权利，这样一来，以后立法机构对法人组织活动的立法调节都有可能违反契约条款之嫌。而且，他还强调了契约条款的目的就是“要限制未来立法部门对财产权的违反”②，从而确立了一项对未来产生重大影响的宪法解释原则：各种形式的产权，不论是个人的还是法人的，也不管是来自契约，还是来自市场，都可以得到宪法契约条款的保护。有的美国学者认为，“这极大地扩大了契约条款的涵盖范围”。③

斯托里（Joseph Story）大法官对马歇尔的看法作了保留，在单独陈述的赞同意见④中，他对法人权利作了一定的限制：法人实际上是“在一个特定的名称下由单独的个人联合起来的集合体，它具有组成它的自然人的某些豁免权、特权和能力。”⑤而且，他两度强调：立法机关可以“在法人的特许状中”保留自己的权力，用以“控制或摧毁……某个法人的固有合法权利”。⑥

既然学院是私人团体，州议会就不能干涉学院所拥有的绝对权利，特别是财产权和管理权，因为宪法契约条款的目的就是保护私人产权。它不允许各州损害州与学院之间最初契约的义务。只要法人的行为或特许状是州与私人团体间的契约，它就免受立

---

① *Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. 518, 634 (1819).

② *Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S. 518, 628 (1819).

③ G. Edward White, *The Marshall Court and Cultural Change, 1815 - 1835*, p.627.

④ 原文是 Concurring Opinions，是指那些同意判决决定，但不一定同意其逻辑或理由的法官所撰写的意见。也称作附加意见或附议。

⑤ Dartmouth College v. Woodward, 17 U.S. 518, 666 (1819).

⑥ Dartmouth College v. Woodward, 17 U.S. 518, 706, 710 (1819).

法机关的干涉。马歇尔的这一论断，极大地保护了私人团体的独立性。斯托里的陈述多少修正了马歇尔判决的绝对性，他认为立法机关可以保留某些特权（prerogatives），包括在法人特许状中规定保留条款，允许立法机关改变或修正特许状。

## （五）契约神圣　宪政法治保驾护航

最高法院的判决，其具体的结果自然是达特茅斯学院获得了新生，由此确定和保证了美国私立学院的独立和自治以及与此密不可分的学术自由。为此，它的校史上写着，“惠洛克建立了学校，但韦伯斯特使它重生”。1901 年，达特茅斯学院院长指出：“毫无疑问，在美国这片土地上，如果有哪个教育机构的名字是和它的毕业生，甚至是它的创办者那样密不可分，那就是达特茅斯学院和韦伯斯特这个名字。”①

达特茅斯学院案的成功，使韦伯斯特成为那个时代“律师界的领袖之一”。② 他对法律和宪法精密的分析和雄辩的论证显示了律师在那个时代的巨大作用。他震撼人心的辩辞证明了英国功利主义哲学家边沁的一个论断：法律实际上是法官和律师共同创造的。通过他们的司法辩护，律师在塑造法律方面发挥着重要影响。一位美国法律史家写到：“毫不夸张地说，马歇尔时代的律师界对法官思想观念的帮助空前绝后，无与伦比”。美国后来的一位大法官也感慨道：那是“美国律师界辉煌的时期，巨人辈出”。③

---

① G. Edward White, 275.

② Maurice Baxter, *Daniel Webster and the Supreme Court*, 1966, p.108.

③ Benard Schwartz, *Main Currents in American Legal Thought*, Durham: NC, Carolina Academic Press, 1993, p.197.

但本案更深远的影响在于，私人团体和民间组织可以像自然人一样，获得了宪法的保护而免于政府的政治干预。通过把宪法的契约条款用于保护法人权利免受各州的干涉，马歇尔从宪法上极大地限制了各州的权力，结果，不同形式的私人经济和社会活动便拥有了不受各州政策调节和干预的权利。这就鼓励了私有企业、民间组织（如基金会）的蓬勃发展，为19世纪后半叶美国工业化时代的“自由放任”奠定了坚实的法律基础。

英国著名法律权威亨利·梅因教授（Sir Henry Maine）曾在1885年撰文指出，达特茅斯学院案的判决成为“许多美国大铁路公司成功的基础”。正是它的原则“在现实生活中保证了对经济力量的充分利用，由此取得了开拓北美大陆的成就”。[①] 公司法人的财产权得到了契约条款的严格保护，而在当时，宪法中没有其他的条款能够作到这一点。因此，很多法律史家认为，这也是对美国商法的一大贡献。他们认为马歇尔在达特茅斯案及其他一些财产案上的判决，“促进了商业，塑造了法律使之符合市场的要求和实践，发展了原则性规范，使之能够与商业交往的机制和对财产能动和广泛的使用相一致。”[②]

但物极必反，到20世纪初，企业法人以契约神圣权来损害个人、特别是劳工基本权利的现象屡见不鲜，日趋严重。时代的变迁，也促使最高法院开始缓慢地对契约权利加以必要的限制。[③]

但总的来说，最高法院这一判决使契约神圣性的观念在美国深入人心，契约得到了普遍的尊重。时至今日，每当一个法人团

---

① Ibid, p.122.

② G. Edward White, *The Marshall Court and Cultural Change, 1815 - 1835*, NY: Macmillan, 1988, p.828.

③ 参见本书有关劳工权益的第11章。

体向政府申请特许状时，有关机构都根据当年斯托里的建议，对特许状的内容作一些限制，规定在何种条件下，政府有权修改或撤销特许状，作为私人团体与政府协议的一部分。

（任东来）

# 6. 联邦至上原则和宪法默许的权力

## ——马卡洛诉马里兰州案（1819）[①]

在1776年发表的《独立宣言》中，北美13个英属殖民地宣布脱离英国独立，成为“独立和自由的国家”，但“美利坚合众国”这个国名却是在1781年3月美国《邦联条例》（Articles of Confederation）生效时才最后定下来。即便如此，美国仍就是13个独立国家的反英联盟。现代意义上的美国联邦政府，只是在1787年美国联邦宪法被各州批准以后，于1789年4月正式成立的。至此，美国在法律上才成为一个统一和独立的国家。

由于独立的各邦（states，也可以说是独立的各国）在先，统一的联邦在后，或者形象地说，先有儿子，后有老子，美国这样一种独特的建国史使州和联邦的关系错综复杂，剪不断理还乱。究竟是联邦政府拥有惟一的主权，还是各州和联邦同时拥有主权？或者说白了，究竟谁大谁小，谁听谁的，便成为美国建国初年争吵不休的问题。

在这一背景下，主张加强联邦政府权力的人结成联邦党，主张维护各州的自主地位的人便成为反联邦党人（antifederalist），并组成民主共和党（Democratic - Republican Party，也称杰弗逊共和党 Jeffersonian Republicans，今天美国民主党的前身）。虽说美国宪法第10条修正案将联邦权限明文列举于宪法之中，并将未

---

① *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819), http: //laws.findlaw.com/US/17/316.html.

列举的剩余权力归属于各州，似乎表明了两者分权泾渭分明，井水不犯河水。但是，美国宪法同时也规定联邦国会可以通过“所有必要和适当的法律”来完成宪法对联邦政府的授权，这就为联邦政府权力的扩张孕育了可能性。不过，可能性如果要成为一种现实，还需要“助产士”的帮助，在美国，这个把宪法的文本变成现实规范的助产士就是联邦最高法院的大法官们。美国建国初期，他们对马卡洛诉马里兰州案（McCulloch v. Maryland）的审理和判决，部分地理清了联邦与州的关系，确立了法院在解释宪法方面的权威地位。

## （一）税收小事情　原则大问题

当年13个“独立和自由的邦”之所以制定宪法、组成联邦，其一个重要原因就是整合内部商业和统一对外贸易。制宪前，各州为了争夺商业利益，不断争吵，商战频繁。联邦成立后，各州依然倚老卖老，我行我素，常常以牺牲联邦的利益为代价，追求本州的利益。

但各州遇到了一个强有力的对手，这就是华盛顿政府的第一任财政部长汉密尔顿。如果说华盛顿的威望和品德巩固了新成立的联邦政府的话，那么，是汉密尔顿的天才维护了联邦政府的顺利运转。他上台后，首先承诺偿还邦联政府期间欠下的内外债务，因为它们是“获得自由的代价。美国的信誉曾一再作为对此的保证”，[①] 据此，他重建了政府的信用。作为坚定的联邦主义者，汉密尔顿力主仿照英格兰银行模式，建立一个美国的中央银行——合众国银行（Bank of the United States），存放联邦基金，

---

① 莫里森等著、南开大学历史系美国史研究室译：《美利坚共和国的成长》，上卷，天津人民出版社，1980，第370页。

为兴建跨州的道路和运河等全国性项目提供必要的资金。由于宪法中没有授权国会建立这一银行，国务卿杰弗逊和国会领袖麦迪逊（均为民主共和党人）坚决反对建立银行。1791年年初，美国国会经过激烈辩论后通过了财政部长汉密尔顿提出的《关于建立国家银行的报告》，决定建立第一合众国银行。

华盛顿总统在签署这一法案前，倾听了支持和反对建立银行的两派意见。他告诉汉密尔顿，除非他能够回答杰弗逊、麦迪逊等人的质疑：即宪法没有授权联邦政府建立中央银行，否则，他不会签署这一法案。为此，汉密尔顿写下了著名的意见书，提出在宪法中，"既有明示的权力，也有默许的权力。"由于政府所管理的事务错综复杂千头万绪，因此宪法所授予政府的权力应该"从宽解释"，根据宪法中"必要和适当"条款，总统为履行宪法赋予的责任，必须有"极大的行动自由"。华盛顿被说服了，遂签署了该法案。[①]

第一合众国银行虽然建立起来，但国会只给了它20年的经营特许状。1811年到期后，民主共和党人控制的国会便不再续发特许状，废了该行。而第二年（1812年），美国又因为英国在拿破仑战争（1803－1815）中强征美国海员、破坏美国与欧洲大陆的中立贸易、鼓动和联合美国西部印第安人部落反美等原因与英国交恶，爆发了第二次美英战争（1812－1814）。虽然美国勉强打赢了这场战争，但国内经济却因为战争期间的封锁和破坏而困难重重。军费的增加和战债的发行，使本来就很脆弱的联邦财政更加混乱不堪。当时，美国市场上合法的货币只有金银两种。金银货币又重又大，携带不便，民众纳税还债，只好选择地方银

---

① 杰弗逊致华盛顿、华盛顿致汉密尔顿、汉密尔顿回华盛顿的信函见：Richard Current & John Garraty, ed., *Words That Made the American History, Colonial Times to 1870s*, NY: Little, Brown & Co., 1965, pp.271－284. p.226.

行发行的纸币。而地方银行鱼龙混杂，管理不善，造成纸币泛滥，信用全无，面值大跌，形同废纸。为了整顿这一混乱的局面，更是为了支付政府欠下的战债，国会的民主共和党人不得不再走联邦党人的老路，在 1816 年通过了建立第二合众国银行 (the Second Bank of the United States) 的法案，授予它为期 20 年的经营特许状。当年最激烈反对建立第一合众国银行的麦迪逊，此时已是美国总统，为形势所迫，他也不得不签署了该法案。第二合众国银行拥有发行纸币、代理国库的职能，但其资本的五分之四为私人所有，主要业务也为私人所控制。因此严格说来，不是一个政府银行。

第二银行开张营业后，逐步改善了全国混乱的金融秩序。但同时多少也抢了各州州立银行的地盘和生意，后者为此把它视为眼中钉肉中刺，纷纷对它加以限制，其中马里兰州最为积极。为了把联邦银行挤走，马里兰州议会通过了一项税法，规定未经各州立法机关“核准特许”(chartered) 的银行，每年必须一次性向马里兰州缴纳15,000 美元的营业税，或者在其所发出的票据上，贴上马里兰州的印花，并据此向州政府纳税，否则，不得在马里兰州营业。矛头直接指向设在该州巴尔的摩市的联邦分行。

但该银行也毫不含糊，主动出击，拒绝交税。1818 年春末，根据事先安排，巴尔的摩分行的出纳员詹姆斯·马卡洛 (James McCulloch) 向分行主任解付了一大批未贴有印花税的钞票，不久，这批钞票开始在巴尔的摩市内流通起来。马州政府遂向州地方法院控告马卡洛违反州税法，法院判马卡洛败诉并罚款 100 美元。马卡洛在联邦政府的支持下，将案子上述到马里兰州的上诉法院，但该院维持原判。

## (二) 最高法院接案　宪法新解释出台

100美元事小，但州政府是否有权征税却是个原则问题。在马卡洛要求下，马里兰州的上诉法院要求联邦最高法院下达“错案复审令”[①]，对此案进行复审。而这正是马歇尔法院求之不得的，因为当时社会上不光是关注合众国银行课税是否合乎宪法这个问题，而且对联邦政府所采取的改进国内基础设施的一些项目是否合法也存在忧虑。1819年2月22日，联邦最高法院开庭审理马卡洛诉马里兰州案。凭着直觉，首席大法官马歇尔一眼就看出此案的重要性，不再囿于当事人每方只能聘请2位律师的成规，允许双方各请3位律师。

合众国银行搬出了当时的“梦之队”：著名大律师威廉·平克尼（William Pinkney）、联邦政府总检察长威廉·沃特（William Wirt）和刚刚为母校打赢官司的丹尼尔·韦伯斯特（Daniel Webster）。平克尼是美国初期的著名外交家和政治家，出使过英国和俄国，作过联邦总检察长（1811－1815），当过半届参议员（1819－1822）。从1815年到1822年去世，他是马歇尔法院上最出色的庭辩律师。当时的法院书记员被他的魅力所征服，认为他是“最聪明的人”。就连马歇尔也认为，在推理方面，没有人能像平克尼那样“清晰而又透彻”；是他“作为大法官所见过的最

---

① *writ of error*。这是普通法中上诉人的一项权利。上诉人可以要求下级法院向上级法院送交案卷，请它就该案的法律运用（而非事实）是否得当进行审查。20世纪以前，错案复审令在美国联邦最高法院的司法管辖中起很大作用。根据1789年《司法法》，最高法院可以用这一方式来审查州法院作出的涉及联邦事务的案子。1916年和1928年国会先后通过法律，用调卷令（certiorari）和上诉（appeal）的方式代替错案复审令原有的功能。

了不起的人”。因此，马歇尔在好几个案子中，干脆照搬平克尼的辩辞。[①]

被告的律师以马里兰州检察长路德·马丁（Luther Martin）为首。马丁也不是一般人物，虽然是马歇尔的同辈人，但却参加过1787年费城的制宪会议，自认为对宪法的本意有着最权威的理解。1778－1805年间，他是马里兰州的检察长。1818年，他70岁时，重新出山，再次成为该州的检察长。作为当时最有名的律师之一，1807年他在马歇尔负责的联邦巡回法院[②]，不顾杰弗逊政府的政治压力和社会舆论的批评，帮助前副总统伯尔（Aaron Burr，1800－1804年任第一届杰弗逊政府副总统）打赢了“叛国罪”的官司，名噪一时。[③]

这场由6位大律师出场的法庭辩论，可谓是19世纪最精彩的司法大战。从1819年2月22日到3月3日，围绕着联邦和州的关系、宪法的含义以及抽象的主权理论，双方唇枪舌战，你来我往，辩论了整整九天。利用其他人都不具备的优势——亲身参

---

① G. Edward White, *The Marshall Court and Cultural Change, 1815－1835*, Abridged edition, NY: Oxford University Press, 1991, pp.243－244, 248－250.

② 最高法院大法官同时还兼任联邦巡回法院的法官。到19世纪末，最高法院的工作日益繁重，国会才在1891年通过法律，允许他们不再兼任巡回法院法官，设立专门的巡回法院法官。

③ 为伯尔辩护，不仅损害了马丁的政治声誉，而且也让他蒙受经济损失。虽然伯尔逃过了联邦巡回法院的定罪，但他同时还面临俄亥俄州地方法院对他反政府阴谋的指控。为此，马丁替他支付了2万美元保释金，结果，伯尔却跑到法国，保释金自然没收。打完马卡洛案后，马丁不慎中风，影响了智力。晚年人不敷出，相当凄凉。1822年马里兰州议会特别通过一项决议，呼吁全州律师每年每人捐献5美元，帮助马丁度过困境。但不到一年，1812年又从法国回到美国的伯尔，此时通过当律师发了一笔财，遂把马丁接到自己纽约的家中作为食客，直到1826年马丁过世。

与过宪法的制订，马丁大谈特谈必须遵从“宪法制定者当时的解释”，而这个解释就是制定者反对“默示的权力”。因此，国会无权建立宪法没有授权的合众国银行。他进一步指出，退一步说，即使国会有权这样作，各州“也可以在自己的版图”内对其行使征税权。他承认，费城会议没有对征税主体得出令人满意的结论，但是，各州在批准讨论宪法时，都明确表示了“除了关税以外，州的征税权是绝对没有任何限制的”。为了加强了自己的说服力，他甚至找出当年弗吉尼亚批准宪法代表大会的类似观点，而这一观点恰恰就是当时的代表、现在的首席大法官马歇尔提出的。①

听了马丁的慷慨陈词，马歇尔差点吓出一身冷汗。他告诉自己的法官同事：“我很担心自己在批准宪法的辩论中说过蠢话，还好，它们不像我想象的那么糟”。②虽然这次庭辩是马丁律师生涯中最精彩的一次，也丝毫不亚于他的对手，但他还是没能赢得这场官司。3月6日，最高法院以7比0作出判决，推翻了州法院的决定。在判决词中，马歇尔大量地借助于平克尼等原告律师的论据，并借题发挥，阐发了联邦党人对联邦与州关系的看法。在马歇尔看来，此案涉及了三个至关重要的问题：第一，究竟是各州分别拥有主权，还是合众国人民集体拥有主权？第二，国会准许成立联邦银行是否符合宪法？第三，如果符合宪法，马里兰州是否有权对其征税？

在第一个问题上，针对马里兰州律师搬用的美国建国之父杰弗逊提出的著名论据：“中央政府的权力是由各州委托的，后者才是惟一真正拥有主权的；中央政府权力的行使必须服从于惟一保有最高统治权的各州。”马歇尔考察了宪法起源的历史，他指

① G. Edward White, p. 238.

② G. Edward White, p. 239.

出，美国联邦宪法曾提交给各州人民讨论，并由他们特别选举出来的代表会议批准通过而“获得充分权威”。因此，其结果是，联邦“政府直接产生于合众国的人民，并以合众国人民的名义‘确认和建立’［此语系美国宪法序言原文］”。[①] 各州的确拥有主权，但是当这一主权与联邦的主权发生碰撞时，州的主权必须服从于联邦的主权。因为，“联邦政府断然是、而且真正是一个属于合众国人民的政府。无论从形式上还是内容上，它［联邦政府］都是来源于人民。它的权力是人民赋予的，并直接对人民和为人民的福祉而行使”。[②] 这段论述成为美国联邦主权经典性的界定，从根本上动摇了州权至上理论的全部依据。

关于第二点，被告又搬用弗吉尼亚州 1790 年对国会通过准许成立第一合众国银行法律的抗议，以及杰弗逊对该法律的批评。他们认为，美国宪法第 10 条修正案明文规定，未授予联邦政府的权力由各州保留，同时各州又有管理商业的权力，而银行便是一种应由州政府管理的商业机构。宪法并没有授权联邦政府建立银行这类法人团体，尽管宪法允许国会通过一切必要的法律来保证宪法所授予的权力，但建立合众国银行并不属于必要的法律之列。1811 年以来这类银行不复存在即可证明。

对此，马歇尔一方面承认，联邦政府只是宪法所规定的权力部门之一，只能行使宪法所授予它的那些权力。但另一方面，他引用汉密尔顿 1791 年关于建立银行的意见书，并对汉密尔顿的思想进行了强有力的阐述，提出了解释宪法的“默许权力理论”（implied powers doctrine）。他注意到，尽管宪法所规定的联邦政府权限中没有建立银行这类法人社团的内容，但与宪法的前身《邦联条例》中，邦联所授权力都要“确切表述”不同，它没有

① *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. 316, 402 (1819).

② *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. 316, 404 (1819).

排除“附带的或默许的各种权力。”

马歇尔进一步认为，联邦政府不是依据一部试图解决一切问题的、包罗万象的法典所建立的，相反，宪法只是给出了联邦政府结构及权力的总纲，列举了其最重要的职责，而它的其他权力则可以“根据这些职责的本质来推导出来”。最后，他得出掷地有声的结论：“我们决不能忘记这是一部需要我们解释的宪法”。[1]

从宪法的起源和本质这一前提出发，马歇尔论证了联邦政府建立第二合众国银行的正当性。宪法明确赋予了联邦政府如下的权力：征税、举债、调节商业、建立军队和宣战等。因为这些规定符合国家的根本利益，所以国会应该拥有行使这些权力的具体手段。就本案而言，合众国银行就是一项执行国家财政政策的基本和有效的工具。鉴于宪法的第1条第8款授权联邦政府通过“执行其上述权力所必要和适当的一切法律”(史称“必要和适当条款”，“necessary and proper” clause)，第二合众国银行的建立和存在合乎宪法。

最后，对一个州是否可以运用宪法保留给它的征税权，来向联邦银行课税这一问题，马歇尔强调，根据宪法第6条的规定：宪法和联邦法律“都是全国的最高法律”(史称“第6条最高条款”，Supremacy clause)，国会有关建立合众国银行的法律高于各州的法律。州的征税权虽然重要，但它受制于宪法。一个州不能向它的主权管辖不及的法人主体课税，如果允许一个州对联邦银行课税，那么，它也可以向其他联邦机构诸如邮政、铸币、专利、海关和联邦法院课税。这样一来，马歇尔引用韦伯斯特的话说，“州的征税的权力就会演变为毁灭的权力”，各州就可以完全粉碎美国人民在宪法所确定的“政府全部目标。”“这决不是美国

---

① *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. 316 , 406 (1819 ).

人民所希望的。他们无意于让他们的政府依赖于各州。"[1]因此，他的结论是，"各州无权利用征税或其他方式阻滞、妨碍、拖累或以任何方式控制国会为行使已授予联邦政府之权力而制定的合宪法律的实施。"[2]

## (三) 联邦是否至上　主权争论难了

马卡洛诉马里兰州案的影响几乎和1803年马伯里诉麦迪逊案一样重大而又深远。正像他给同事斯托里（Joseph Story）大法官的信中所称，如果马里兰州的看法获胜流行，"宪法就会转变成原来的邦联"。[3]通过这一判决，马歇尔提出和实践了解释宪法的"默许权力理论"，并利用这一理论推翻了马里兰州的一项法律（税法）和一项判决。不仅如此，更重要的是，他还解释并实践了美国宪法第6条的"最高条款"，特别是第1条第8款第17项的"必要和适当条款"。

马歇尔认为这一条款出现在列举国会权力的第1条第8款中，而不是出现在限制国会权力的第9款里，这说明它的含义是扩大而非降低国会行使其授权的能力。这就是宪法授予联邦政府的"默许权力"。在判决中，他对此作出了如下的经典表述：

"联邦政府虽在其权力方面受到限制，但在其行动范围以内却是至高无上的。"

"像所有的人都必须承认的那样，我们也承认政府的权力是有限的，而且这种限制是不能逾越的。但是我们认为，对宪法的

---

① *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. 316, 431 (1819).

② *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. 316, 435 (1819).

③ Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993, p.46.

正确解释必定允许联邦的立法机构有权自由决定执行宪法授权所需采用的手段，以便使该机构得以按照最有利于人民的方式履行其既定的崇高职责。如果目的是合法的，如果它又是在宪法所规定的范围内，那么，一切手段只要是适当的，只要是明显适合于这一目的，只要从未被禁止过，并且是与宪法的文字和精神相一致，就都是合乎宪法的。"①

对这一案件的判决，在当时就引起了很大的争议。马里兰等州都不服气，它们认为第二合众国银行主要不是一个联邦的机构，而是一个以盈利为目的、外带一些为政府服务功能的商业银行。在它的3,500万美元的资本中，80%的股份为私人所有，私人股东控制了董事会五分之四的席位。俄亥俄州干脆就不接受判决，照常对合众国银行征税。为了表明对最高法院判决的不满，一位征税官跳过营业所的柜台，直接从合众国银行地方分行的保险柜中"劫走"了10万美元。

面对一些法学家有关联邦性质和宪法真谛的非常专业的批评，马歇尔不得不在报纸上，先后以"联邦之友"和"宪法之友"的笔名发表一系列反驳文章，进行论战，为这一决定辩解，进一步阐述他的联邦观和宪法观。倡导州权的人则尤为痛恨马歇尔对美国宪法的"从宽解释"、对"默许权力"的阐述。杰弗逊在私下里甚至鼓励公众反对这个判决。甚至连亲自签署成立《第二合众国银行法》的前总统麦迪逊（在任时间为1809－1817年）对马歇尔的判决也有微辞。作为宪法之父之一，麦迪逊对宪法有相当深入的研究，在其总统任期内，他也比较支持最高法院某些有助于加强联邦政府的判决。尽管如此，他相信"把普遍和抽象的原则与这一特定案子交织在一起是不合时宜的。"马歇尔判决的真正危险是"给予任意解释宪法的高度赞许，而这种解释方式

① *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. 316, 405, 420 (1819).

看来会打破旨在规定国会具体权力的界标，会取代目的与手段之间明确的联系，会取消国会立法应有的慎重，其结果是无法再对国会加以可行的限制”。[①]

在他们的影响下，1820 年弗吉尼亚州议会通过决议，表达他们对马卡洛案“最严正的抗议”，建议成立一个新的法院，来决定涉及宪法“这个契约之下各州政府和联邦政府权力”的问题。[②] 显然，最高法院的一个判决，马歇尔的雄辩言辞，无法从根本上解决联邦与州复杂的权力关系，特别是南方各州对自己主权根深蒂固的认同问题，只有内战的炮火才最终解决了这个问题。不过，就事论事而言，民主党总统安德鲁·杰克逊（Andrew Jackson，1829 - 1837 年任职）最终替他的民主党前辈报了一箭之仇。1832 年，他以违反州权、剥削民众为由，否决了国会延长第二合众国银行特许状的法律。

麦迪逊表示出的担忧不无道理。后来很多的保守派学者也认为，马歇尔对联邦至上的阐发使国会几乎可以任意立法，联邦机构可以随意管制。马歇尔对宪法的这种广泛解释，使联邦政府的权力可以随着社会的需要，根据这一“必要和适当”条款来通过新的法律，从而不断扩大其管理权限。基于对宪法的这样理解和解释，美国政府终于在 1912 年建立起了永久性的中央银行——美国联邦储备银行系统，而政府对社会经济生活的干预最终在 20 世纪 30 年代富兰克林·罗斯福“新政”（New Deal）中达到了顶点。此后，美国联邦政府几乎卷入了美国人生活的方方面面，从社会保障到文教事业，从个人自由到集团权益，到处可见政府干预之手。各级政府，特别是联邦政府因此日益庞大，臃肿不

---

① Hall, Hermit L., ed. *The Oxford Guide to United States Supreme Court Decisions*. NY: Oxford University Press, 1999, p. 184.

② C. Edward White, p.567.

堪，官僚机构尾大不掉，最终在20世纪80年代出现了倡导“政府不是解决问题的办法，政府本身就是问题”的里根革命。

（任东来）

# 7. 打破地方保护主义

## ——吉本斯诉奥格登案（1824）[1]

先有独立的各州，后有统一的联邦，美国这一独特的建国史使各州拥有广泛的权力。各州虽有权管理州内的工商业，但不得不把管理州与州之间的经济活动（美国宪法称之为 interstate commerce“州际贸易或州际商务”）权力让渡给联邦政府。

根据美国宪法第 1 条第 8 款的规定，管理对外贸易、州际贸易和与印第安部落的贸易属于联邦国会的权限。但纸上的规定要化为法律的实践还需要一个过程，而 1824 年的吉本斯诉奥格登（Gibbons v. Ogden）为联邦最高法院确定联邦政府州际贸易权提供了绝好的机会。

### （一）狼烟乍起　汽船垄断引发争议

要弄清楚这个案件，不能不从大名鼎鼎的汽船发明人罗伯特·富尔顿（Robert Fulton）说起。富尔顿是位爱尔兰裔美国人，沉醉于蒸汽动力船（汽船）的发明，但苦于资金不足，便跑到法国，向当时称雄欧洲大陆的法国皇帝拿破仑一世推销他的发明，寻求拿破仑的资金支持。他告诉拿破仑，他的这项发明将帮助法国控制海洋，从而制服它的老对手英国。但拿破仑却有眼无珠，

---

① *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824), http: //laws.findlaw.com/US/22/1.html.

把富尔顿看作是一个美国骗子，根本不相信他会发明出可以使用的汽船。穷途末路之际，富尔顿遇到了一个来自祖国的伯乐——杰弗逊总统派往法国的外交公使罗伯特·利文斯顿（Robert Livingston），他当时在法国的任务是谈判购买法国控制下的密西西比河的出海口——新奥尔良。

利文斯顿可非等闲之辈，有钱又有地位，曾经是纽约州的第一位大法官（chancellor），当年华盛顿的首次总统就职典礼就是他主持的。他不仅极具政治头脑，利用拿破仑扩充国库进行战争的需要，买下了整个法属路易斯安那，使美国的版图一下子扩大了一倍，而且也有非凡的商业眼光，极有远见地预料到汽船的价值，毅然向富尔顿的发明投资。为了确保收回投资，1801年他利用关系，说服纽约州议会通过法律，给予他和富尔顿在纽约州水域垄断汽船运输的特权。他最主要的理由是，这一投资的风险太大了，不如此不足以保证他们的利益回报。

经过6年的反复试验，富尔顿的第一艘汽船"克莱门特"（Clermont）号终于下水。纽约州议会惊喜万分，在1808年又对1801年的特许状作了有利于垄断的修改。它规定，未经利文斯顿和富尔顿的允许，任何汽船都不得进入纽约州水域。如有胆敢闯入者，利文斯顿和富尔顿有权予以扣压。同时，他们又以保护富尔顿发明汽船的专利为由，把汽船航行的垄断权进一步延长为30年。

这种地方保护主义的作法激怒了其他进行汽船试验的航运商人。其中一位深受其害者是新泽西州商人埃伦·奥格登（Aaron Ogden）。与利文斯顿一样，他也亦官亦商，独立战争期间是华盛顿麾下大陆军的上校，后又担任一届联邦参议员，故在新泽西州很有影响，1811年他当选为该州州长。在他走马上任前夕，新泽西州议会通过对纽约州的报复性法律，授权该州公民，如果他们的汽船被利文斯顿和富尔顿扣压，他们也可以扣压任何一艘在

该州水域的纽约州船只。纽约州则以牙还牙，不甘示弱，在1811年4月通过一项新法律，进入纽约州的外来汽船不仅将被扣压，而且将由该州法院审判。

奥格登为官不误经商，他找到一位叫丹尼尔·杜德（Daniel Dodd）的能工巧匠，共同投资建造了一艘改进型汽船“海马”（Sea Horse）号，在新泽西州水域内营运。他仿效利文斯顿的作法，说服新泽西州议会授权他和杜德垄断新泽西州水域的汽船营运，其他营运者都要向他申请执照。奥格登这样作的目的不是想从发照中赚钱，而是出于与纽约州斗争的需要。在他的建议下，1814年2月纽约州政府为解决汽船垄断引发的争端，召开了一次听证会。此时已不再担任州长的奥格登极力向参加听证的纽约州官员说明，以保护专利为名进行的汽船垄断毫无意义。富尔顿的汽船是对另一位先驱者菲奇（Fitch）发明的改进，而杜德又改进了富尔顿的设计，因此，任何垄断都无法遏制发明创造。尽管听证会的参加者向州议会建议，结束给富尔顿的垄断权，但州议会固执己见，强调法律的神圣，拒绝接受听证会的建议。

奥格登不仅未能摆平与纽约州的争端，更糟糕的是，他后院起火。富尔顿的律师跑到新泽西州议会，要求它撤消授予奥格登的发照权，并称“如不取消这一法律，贵州就将成为毛贼大盗的庇护所”，因为奥格登的所作所为就是试图剽窃富尔顿的劳动成果。奥格登的律师则强调，新泽西州有权抵抗这种压迫性的垄断体制，否则该州的公民就会为纽约州所奴役。

虽然新泽西州仍然保留了报复纽约的法律，但奥格登本人的事业却屡遭挫折。先是他所在的政党在州议会选举中失利，接着新议会又在1815年取消了给予奥格登的特许权。内外交困之中，奥格登只好从纽约利文斯顿那里买下了从其家乡伊丽莎白城到纽约这条航线的垄断经营权，为期十年，以摆脱财政上的困境。由此，他从一个反垄断的斗士衰变成一个垄断者。谁料到，他刚开

始经营不久，一位年轻的船主便向他挑战。

## (二) 铁心打官司　吉本斯叫板奥格登

这位后来者叫汤姆斯·吉本斯（Thomas Gibbons），是位来自乔治亚州的种植园主，富有而又敢于冒险。看到汽船航运有利可图，他便在伊丽莎白城的一个小河口建了一个码头，购买了汽船，请范德比尔特（Cornelius Vanderbilt，他后来成为著名的铁路大王）驾驶，在奥格登的眼皮底下，大模大样地经营起到纽约的航运业务来，大抢特抢奥格登的生意。这一做法显然违反奥格登的特许权，当地法院遂判其侵权，责令吉本斯立即停业。吉本斯一气之下闯到奥格登家，要和他单挑决斗，奥格登拒绝，反告他私闯民宅，结果，吉本斯被罚款8,000美元。

冷静下来之后，聪明的吉本斯想出了一个变通的办法来应付法院的决定。他开着自己的汽船在新泽西州的沿岸接送零星的散客，然后把他们送到伊丽莎白城奥格登的船上。奥格登对这一增加自己客源的作法自然不会反对。但利文斯顿不干，他认为奥格登只能运送伊丽莎白城的客人到纽约，而不能运送来自新泽西其他地方的乘客。而吉本斯的作法等于他直接参与了特许航线的营运。

利文斯顿把奥格登和吉本斯两人同时告到法院，指控他们联手损害他的垄断权。法院判他们败诉，奥格登继续营运，但吉本斯的生路却断了。吉本斯越想越窝火，便旧案重提，再次与奥格登对簿公堂，只不过地点由新泽西州的法院改为纽约州的法院。虽然吉本斯告的是奥格登，但奥格登的特许权又是从利文斯顿和富尔顿这个大垄断者那里买来的，因此，实际上涉及的却是可恶的地方保护体制。

审理此案的是纽约州大法官詹姆斯·康德（James Kent）。此

公学识渊博，经验丰富，声望极高，就连联邦最高法院大法官遇到难办的案子都要向他移樽求教，而他的判决书更是律师资格考试的必读书。康德的司法哲学非常保守，那就是法官必须阻止社会对个人权利的压制。对这个案子，他的态度非常明确：利文斯顿和富尔顿的30年特许权是一项神圣的个人产权，必须得到尊重。

但吉本斯也念念有词，强调他的船经过合法登记，拥有从事沿海州际贸易执照。而且，根据美国宪法，只有国会才有权管理州际贸易。康德回答说，国会的确拥有州际贸易的管理权，但各州却保有管理州内贸易的全权，所以它有权授予利文斯顿和富尔顿30年垄断权。纽约只是禁止外州汽船的进入而没有禁止其他船只如帆船。吉本斯的执照只是纳税的凭证，而非他自己所称的贸易执照。为此，康德判吉本斯败诉。

吉本斯拒不服输，决定把案子上诉到联邦最高法院讨个公道。虽然最高法院已决定在1821年审理此案，但由于程序上的原因，一直拖到1824年才开庭。到那时为止，最高法院还从未就宪法中州际贸易条款作过判决。为了打赢官司，吉本斯找到在达特茅斯学院诉伍德沃德案中名扬四海的韦伯斯特，以及联邦政府检察长威廉·沃特（William Wirt）作原告律师。为预防不测，吉本斯重写了自己的遗嘱，留下一笔4万美元的巨额遗产给他的继承人来继续打这场官司，如果他遇到不测的话。看来，吉本斯是乌龟吃秤砣——铁了心要把官司打下去。

奥格登也不含糊，请到了著名大律师平克尼（William Pinkney）作他的律师。正当大家准备看这两位大律师如何较劲时，平克尼却在接下案子后不久去世。但代替平克尼的埃米特（Thomas Emmet）也非等闲之辈，他是来自爱尔兰的移民。在爱尔兰，他先是学医行医，后来改行成为律师。他积极参加反对英国对爱尔兰统治的政治斗争，为此坐了4年大牢，出狱的条件是

离开爱尔兰，就这样，1804年他经法国来到美国纽约，不久成为纽约州的著名律师，1812年成为纽约州的检察长。对他来说，奥格登的事就是纽约的事，因此，他决心全力以赴打赢这场官司。

## （三）韦伯斯特慷慨陈词　马歇尔妙语破题

1824年2月4日，最高法院开庭，一场长达5天的智力较量开始了。双方律师使出浑身解数，阐明他们对宪法的理解。大法官詹姆斯·韦恩（James Wayne，1935－1967年任职）曾评论说："就律师的辩论所表现出的渊博学识和非凡智慧"而言，没有哪一个案子能够超过吉本斯案。[①] 在长达240页的最高法院裁决书中，有186页记载双方律师的精彩辩论。

韦伯斯特的陈述相当巧妙，他先对康德的渊博知识和能力表示敬佩。接下来描述了汽船航运垄断在纽约、康涅狄格和新泽西三州间形成的敌对气氛：它们各自为政，相互报复。这一景象难免令法官们想起宪法通过前美国各州以邻为壑的"商战"。针对康德的主要论点：汽船垄断并没有违反国会的任何禁令或现存法律，韦伯斯特声称，国会是惟一有权管理州际贸易的机构，它的无所作为是为了让商人可以自由地经商。没有禁令、未制定规则正是管理州际商业的一部分，这不足以证明各州可以各行其是，只为少数人牟利。而康德的立场似乎在暗示，州际商业该由州和联邦双重控制，这种强调各州权力的论调"是十分有害和危险的。如果予以接受，无人能知道它止于何处"。[②] 这样，韦伯斯特

---

① G. Edward White, *The Marshall Court and Cultural Change, 1815－1835*, Abridged edition, NY: Oxford University, 1991, pp.571.

② *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 17 (1824).

就把问题从商业条款转到了当时流行的联邦与各州共同拥有主权这一至关重要的问题上。

他指出，就本案而言，吉本斯已注册从事沿海贸易，如果国会没有要其他的营业执照，这样一个执照就足矣。联邦政府允许他从事州际商业，是州法在限制他。沃特接着补充说，从联邦政府的角度，纽约、康涅狄格和新泽西三个近邻州因汽船垄断“几乎处于战争的边缘，施加善意和公正的干预是最高法院的崇高职责”，他不无危言耸听地警告道：“法官先生们，如果你们不施以友好的援手，根除纽约州播下的无政府的种子，你们将会面对一场内战!”[①] 他还进一步解释说，为什么利文斯顿和富尔顿没有向联邦专利机构申请合法的专利权（可以保护 14 年），而转而向纽约州寻求垄断特许权呢？因为纽约给了他们更优惠的条件，但这已侵害了其他人的权利，也超越了州权的限度。[②]

奥格登的律师则强调必须从严解释联邦宪法，因为宪法第 10 项修正案明确规定，未授予联邦和未禁止各州行使的权力，属于各州。据此，他在康德判决的基础上，进一步辩护说，宪法并没有规定航行水域归联邦政府专管，而与所在的各州无关。授予汽船航行垄断权就如同修建和管理公路和运河一般，各州有权决定。他还对宪法中的州际商业条款咬文嚼字，认为商业（commerce）的含义只是“物物交换”，即贸易。因此，吉本斯所从事的客运业务不在其中，不属于州际贸易。

法庭辩论受到广泛的报道，令万众瞩目，成为当时美国的一大热门话题。因为这时，连密西西比河流域的俄亥俄州也效法纽约州，通过了不允许纽约船只进入本州的法律，这意味着汽船战将从沿海蔓延到密西西比河。更重要的是，刚刚两年前，当时的

① *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 185 (1824).

② *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1, 174 (1824).

门罗总统（James Monroe）否决了国会通过的一项兴建州际公路的法律，而其根据就是宪法对国会授权有限：宪法的“惟一授权是征收与外国贸易的关税，并防止各州间征收关税”。[①] 因此，吉本斯案的判决直接关系到对国会权力范围的理解这一至关重要的问题。

在原定的判决之日，大家都涌向最高法院，翘首以待，打算聆听首席大法官马歇尔的裁决。但节外生枝，马歇尔在拜访门罗总统时，从马车上摔了下来，造成肩膀脱臼。结果，只好推迟到3月2日再开庭判决。尽管肩伤未愈，但因事关重大，年近古稀的马歇尔还是颤颤巍巍地宣读了最高法院7比0作出的判决。一如既往，马歇尔首先确定了解释宪法两个原则：必须从宪法文字的“自然的含义”（natural sense）来理解宪法；特定的宪法权力范围应该考虑“授予这一权力所要到达的目的”。[②] 为此，他首先从“商业”一词的含义入手进行分析。

马歇尔指出，“商务”一词不仅仅是辩护律师所云的“买卖”或“物品交换”（the interchange of commodities），它“更是一种流通（intercourse）。它涵盖的是国与国之间、不同国家地区之间所有形式的商业流通，受制于为开展这种流通而制定的规定。难以想象这种管理国与国之间的制度将排除所有有关航海的法律”。他提醒听众说，宪法中让联邦政府管理外贸，包括航海，是当年美国人民接受这一政府的主要原因。在引用了宪法第1条的第9款——“开往和离开一州的船舶，不得被强迫在他州入港，出港或交纳关税”——后，他说：“这些言词直接涉及到航海”。[③]

---

① Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court*, New York: Oxford University Press, 1993, p.49.

② *Gibbons v. Ogden*, 22 U. S.1, 188 - 189 (1824).

③ *Gibbons v. Ogden*, 22 U. S.1, 189 - 190 (1824).

在否定了辩护律师客运不是一种商业后，接下来的问题是，在国会没有立法的情况下，各州是否能够制定各自的管制州际交通（interstate traffic）的法规？如果没有，纽约州是否依然可以把汽船垄断看作是管理其州内事务的一部分？显然，康德法官和辩护律师对后一个问题的回答都是肯定的。

在这关键时刻，马歇尔话音却由于肩伤疼痛而低了下来，听众都涌到前排，想听个仔细。马歇尔不紧不慢地解释说，宪法中有关外贸和州际商业条款中的商业显然不完全是一州的内部事务。“在管理对外商业时，国会的权力也不会受到这些州管辖范围的限制。如果不能超越各州的司法管辖界限，国会的权力也就一无是处。美国与外国的贸易，也是全美国范围内的贸易。……如果航行开始或止于某一州内的港口，那么，就可以在该州行使国会的权力”。[①] 因此，如果国会愿意，它是可以管理汽船运输的。

针对国会没有通过具体的管理法律，各州就可以自行其是的观点，马歇尔接受了韦伯斯特的说法，在特定场合，国会的无所作为并不是说国会没有权力，最多只能说明它决定不行使这一权力。他进一步指出，国会早在 1793 年就通过了《沿海航运法》，对从事沿海贸易的船只给予登记和发照，此法虽没有单独提及汽船，但也没有排除。这说明，“在国会观念中，汽船和帆船一样，可以登记和获得执照”。如果仅仅因为它们是以蒸汽为动力而非以风帆为动力而不允许在特定水域航行，进入港口，岂非咄咄怪事？马歇尔借机再次阐明了宪法中的最高条款：“纽约州的法律与国会的法律相冲突，剥夺了国会法律赋予一个公民的权利”。因此，“纽约的法律必须服从国会的法律……，在任何这类情况

① *Gibbons v. Ogden*, 22 U. S.1, 195 (1824).

下，国会的法律是至高无上的”。[1]

但令韦伯斯特遗憾的是，马歇尔没有进一步就州和联邦是否同时拥有主权这个至关重要的问题展开讨论。倒是由杰弗逊任命的约翰逊（William Johnson，1804－1834年任职）大法官态度更为明确。他在附议中表示，即使国会没有授予吉本斯沿海贸易的执照，纽约州授予的垄断权也是无效的，因为宪法只授予国会管理州际贸易的权力。

## （四）水域开放　国会管理大权确立

马歇尔和最高法院的判决是，纽约州建立汽船垄断的法律与联邦法律相抵触，因此无效，康德法官的判决也自然被推翻。为此，马歇尔深表遗憾。对被告奥格登来说，这项判决令他百感交集。他当年为之奋斗的目标——铲除汽船垄断以他现在的失败这种形式实现了，这无疑是一场悲剧。就其个人而言，他没有丝毫的欣慰，因为他付出了太多。在和吉本斯的官司中，他入不敷出，多亏邻居的帮助，才免于因欠债而坐牢的命运。汽船没有了，官位也丢了，他只好在海关谋了一个征税员的小差事，聊度余生。

吉本斯案的直接后果非常明显，用当时报纸的话说：“现在水域开放了”（the waters are now free）。另一份报纸描述了汽船乘客的反映是“欣喜若狂”。船票降低了，航线增加了，选择更多了。仅仅一年时间，从纽约到马里兰州巴尔的摩的汽船从4艘增加到了43艘。消除了垄断，不仅使各主要河流都有了新开辟的汽船航线，而且，纽约的港口也由于往来船只的猛增而出现了前所未有的繁荣。这再次证明了一个简单的道理，在一个市场经济

---

[1] *Gibbons v. Ogden*, 22 U. S.1, 210－211 (1824).

中，地方保护主义只能带来短暂的好处，长远来看，只有冲破地方保护主义的壁垒，贸易才能发展，经济也会随之繁荣。

马歇尔对商业（commerce）的从宽解释——包括所有的经济交流和交换（all business & intercourse），不仅把水域从各州的各自为政中解放出来，而且，为美国未来的发展提供了一个自由的空间和牢固的法律保证。此后五年不到，美国的第一辆火车上路了，美国开始了它的蒸汽机时代，它广袤的西部得以迅速而又全面的开发。由于汽船案有例在先，任何看来会妨碍州际交通和货物自由流通的地方法律法规都会被判定违法。地方再也无法为了自己局部的利益而牺牲国家的前途。

但这一案件深远的法律意义在于，它大大扩大了联邦的权力。国会管理商业的权力是宪法授予联邦政府最重要的一项权力，如何解释，意义重大。道格拉斯大法官（William Douglas，1939–1975年任职）就认为，州际贸易条款是联邦政府“广泛权力的源泉”。而正是马歇尔在吉本斯案中的裁决，确定了联邦在管理商业方面所拥有的前所未有的广泛权力。[①] 这样一来，州际贸易条款成为联邦政府最大的权力来源。进入20世纪后，最高法院进一步扩大了联邦政府管理州际贸易的权限，现代的反托拉斯法（antitrust act，即反垄断法）、劳工法、甚至民权法的某些方面，都是基于宪法中的州际贸易条款。在保护州际商业的名目下，联邦国会开始承担起广泛的社会和经济责任。从此，不论是空中航线，还是地下的输油、输气管线，或是地面的汽车火车，或是电话、电报、电视和电脑网络，其传递的都是州际贸易的内容，可以在全美畅通无阻，物质、资金、人员和信息得以更广泛和更迅速地自由流动。

---

① Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court*, New York: Oxford University Press, 1993, p.49.

尽管马歇尔对宪法商务条款做出了有意义的解释，但对这一案件实际上涉及一个更为重要的联邦与州的权力问题，马歇尔却回避了。控辩双方的律师都承认，吉本斯案基本上是一个有关联邦与州双重主权的案子（concurrent sovereignty case），问题的关键是州把控制州际贸易的权力委托给联邦政府后，而联邦政府尚未行使这一权力时，各州是否还拥有这一权力？

韦伯斯特的观点很明确，宪法所列举的国会权力是独一无二的（exclusive），国会是否行使这些权力则无关紧要。埃米特的立场则是，各州的确把某项权力委托给国会，但是，在国会没有采取行动，与各州权力发生摩擦并占领这一领域之前，不能排除各州共同（concurrently）行使这一权力。

从马歇尔的意见书看，他的立场是，第一，各州可以自由调节州内的商务；第二，国会拥有专有的权力来调节州际贸易；第三，即使国会没有行使这一权力时，各州也没有这个权力。虽然他基本上接受了韦伯斯特的论据，但他回避了在韦伯斯特观点的基础上，进一步批评联邦和州双重主权论这一政治上极为敏感的问题，而采取就事论事的态度。因此，它没有解决美国内战前，联邦与州之间的主权争论这一重大宪政难题。

## （五）盖棺定论　马歇尔成为美国宪政第一人

虽然吉本斯案之后，马歇尔又在大法官位置上坐了12年，审理了无数的案件，撰写了许多精彩的判决书。但至此，他在美国宪政史的地位已经奠定，不可动摇。通过马伯里案、马卡洛案、达特茅斯学院案和吉本斯案，马歇尔把纸上宪法的文字，变成了生活中实实在在的宪政。律师出身的美国总统加菲尔德（James A. Garfield）对马歇尔有生动的评论：“他找到的是［宪

法］骨架，但却赋予它血肉之躯”。[1]

马歇尔历史性地加强了最高法院的权威，当之无愧地享有“伟大的首席大法官”（The Great Chief Justice），“华盛顿之后的第二人”之美誉。在美国对法官历史功绩所作的历次评估中，马歇尔永远是高踞榜首。

看到马歇尔为加强新生美国的法治、特别是联邦政府权威所做出的种种努力和贡献，已经告老还乡的美国第二任总统亚当斯非常开心。在任命马歇尔为首席大法官25年后，他夸耀说：“马歇尔是我送给美国人民的礼物，这是我一生最为自豪的事情。回忆我一生所作的事，没有比这更令我愉快的”。[2]说这话时，亚当斯大概忘了，他当时并不看好马歇尔，马歇尔只是他的最后的、也可以说是临时的选择。因此，有学者称：“马歇尔被任命为首席大法官是那些改变历史进程的巧合之一”。[3]

另一个令人难以相信的事实是，这位如此了不起的法官，所受的基础教育和法律教育却是如此之少。马歇尔只上过一年的私塾，剩下的时间主要是父亲的耳濡目染，而他父亲所受的教育也极为有限。1779—1780年冬，利用美国独立战争的间隙，马歇尔暂时离开华盛顿的大陆军，到弗吉尼亚的威廉－玛莉学院听了不到三个月的法律讲座，期间还堕入情网。在学业恋爱两不误的情况下，完成了法律训练。看来，马歇尔的经历证明，至少在19世纪上半叶，经验而不是学历，是成为伟大法官的首要条件。

---

① 原文是 He found a skeleton, and he clothed it with flesh and blood, quoted in Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court*, NY: Oxford University Press, 1993, p. 35.

② Charles Warren, *The Supreme Court in United States History*, new & rev. ed., vol. 1, Boston: Little, Brown & Co., 1925, p. 178.

③ Bernard Schwartz, p. 33.

充分的政治经验，丰富的生活阅历，“法律速成班”的训练，使马歇尔不像很多法官律师那样，拘泥于法律的条条框框，死抠案件的末枝细节，而具有一种高瞻远瞩的战略眼光，一种依法治国的雄心壮志，一种纲举目张的办案能力。一位美国学者非常精辟地概括了马歇尔的司法理念：“在其漫长的法官生涯中，有两个持久不变的概念主导着马歇尔：一是联邦国家的主权，二是私有财产的神圣”。[①] 靠着这两个观念，马歇尔坚忍不拔，披荆斩棘，终于把最高法院确立为美国宪法的最终解释者，并利用这一角色为美国的强大奠定了法治的基础。

（任东来）

① Bernard Schwartz, p.49.

# 8. 引发美国内战的司法判决

## ——斯科特诉桑弗特案（1857）[1]

美国女作家斯托夫人（Harriet E. Beecher Stowe）1851年出版的名著《汤姆叔叔的小屋》（Uncle Tom's Cabin，清末大翻译家林纾把此书意译为《黑奴吁天录》），描述了美国南方黑奴的苦难，揭露了南方奴隶制的野蛮，激发了北方废除奴隶制的强大呼声。林肯（Abraham Lincoln）总统称斯托夫人为"酿成一场大战的小妇人"。[2]但实际上，酿成一场大战的并非这位小妇人，而是1857年斯科特诉桑弗特（Scott v. Sandford，1857）这个司法大案。在该案中，美国最高法院裁决黑奴不是美国公民，并以违宪为由，废除了旨在限制奴隶制扩张的1820年《密苏里妥协案》。这个判决不仅从宪法高度维护了奴隶制，而且激化了本来已尖锐对立的南北争执，堵塞了以妥协手段解决南方奴隶制问题的道路，对南北战争的爆发起到了推波助澜的恶劣作用。斯科特案不仅被美国学者列为美国宪政史上最糟糕的判例，而且被认为是引发南北战争的一个重要的原因。

那么，被尊为镇国之柱的美国最高法院为何会做出这种在今天看来是荒谬绝伦的司法判决呢？被誉为社会良心和公平正义化身的最高法院大法官为何会容忍和保护像奴隶制这样不可思议的

---

① *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857), http://laws.findlaw.com/us/60/393.html.

② David H. Donald, *Lincoln*, New York: Simon & Schuster, 1995, p. 542.

邪恶呢？种种疑问，都要从美国宪法中有关奴隶和奴隶制的条款从头谈起。

## (一) 美国宪法暗藏杀机

1789年生效的美国宪法是人类历史上第一部成文宪法，后人不无夸张地赞扬它是“上帝作坊”的“神来之笔”和“人类大脑所能做出的最佳政治设计”。但是，承认奴隶制却是这部宪法的一个致命硬伤。

可能有人会说，有没有搞错了啊？如果把1789年宪法从头到尾细读三遍，连一个“奴隶”或“奴隶制”这样的字眼儿都找不到，凭啥说这部伟大的法律文献承认奴隶制呢？一点儿不错，在这部宪法中的确找不到“奴隶”或“奴隶制”这样的词汇，那是因为制宪者使用了诸如“根据一州法律须在该州服劳役或劳动的人”、“所有其他人口”[①] 这类曲笔。由此看来，制宪者也不认为奴隶制是什么值得公开夸耀的好东西。

在北美大陆，奴隶制的存在和发展比美国立宪建国的历史要早得多，说它根深蒂固、势力强大恐怕一点儿也不夸张。在资本主义起家的的原始积累年代，殖民主义、种族主义和资本主义密不可分。对自由、土地和财富的追求，是欧洲移民远涉重洋来到新大陆的主要动机。北美殖民地南部地区气候温暖，土地肥沃，河流流速缓慢，适于大面积灌溉农田，尤其适合种植棉花和烟草。为了追求规模经济效益，南方一些富有的种植园主建立了很多规模巨大的庄园，并大量使用从非洲进口的黑奴充当廉价劳动力，形成了阶级压迫与种族奴役融为一体的南方奴隶制。

---

① 美国宪法有多种中译本，本文涉及美国宪法条款的内容采用李道揆教授的译文。参见本书附录：《美利坚合众国宪法》。

北美新大陆荒无人烟，原野广袤，土地田产并不稀罕，很多普通南方移民拥有的田产，已超过了欧洲旧大陆的财主乡绅，他们急需的是劳动力资源。所以，在北美南部，移民要靠种田发财致富，就必须拥有一定数量的廉价劳动力，否则田产置得再多也是白搭。这样，不仅那些富甲一方的种植园主，而且包括那些含辛茹苦、略有积蓄的普通南方移民，虽然嘴上念叨着公正仁慈的上帝，但却无法拒绝奴隶劳动带来的巨大利益的诱惑，大量投资金钱购买黑奴。与来源短缺、逃亡较多的白人契约奴相比，从非洲大批进口的黑奴身体强壮，习惯南方炎热气候，熟悉简单农业劳动，人口繁殖率高。而且，他们人生地不熟，语言不通，难以逃亡。从黑奴的文化背景看，当时非洲大陆部落战争频繁，战败一方沦为胜者的奴隶理所当然。加上欧洲殖民者在非洲煽风点火、挑拨战乱，使猎奴战祸连绵不绝，野蛮的奴隶贸易昌盛一时，成为当时非洲和美洲之间一项最主要的买卖。

在南方奴隶制形成的同时，反对奴隶制的呼声也随之在北美大地响起。早期来到新大陆北部蛮荒之地的欧洲移民中，有很多人是逃避专制迫害的清教徒，这些追求自由和正义的白人“政治移民”深受宗教和人性原则影响，从一开始就激烈地反对和排斥奴隶制。此外，北方气候寒冷，土地贫瘠，地理和经济条件不易实行奴隶制，所以奴隶制在北方未能盛行，而是形成了以城镇工商业和小农业为主的经济结构。

在独立战争和立宪建国初期，财大气粗的南方种植园主为打天下立下了汗马功劳。开国元勋华盛顿将军就拥有大量黑奴，在殖民地革命的危难之秋，他毅然出任大陆军总司令要职，拒绝领取任何薪俸报酬，无偿地为自由和独立而战。华盛顿麾下很多著名将领也都来自强悍尚武的南方蓄奴州。因此，在建国后的最早五位美国总统中，有四位来自南方蓄奴州弗吉尼亚州，故有“弗吉尼亚王朝”的戏言。由总统任命的最高法院大法官，自然也以

来自蓄奴州的法官人选占据多数。

据美国宪法学者统计，在出席1787年费城制宪会议的55位立宪代表中，有9人是种植园主，有15人是奴隶主，有14人曾任法官，有一半以上的人是律师。[1] 由此而言，美国革命实际上是一场由法官和律师领导的革命。在此背景下，制宪者对于从宪法高度维护私有产权极为重视。依照当时很多州的法律，奴隶是殖民地居民财产的一部分，而财产是不能被政府任意剥夺的。这是立宪建国的基本原则之一。说白了吧，一帮有钱有势的富人聚在一起争吵妥协、费尽心机制定的一部国家根本大法，一个重要目的就是以宪政体制维护有产阶级的私有财产。他们不可能自挖墙基。

想当年，北美新大陆殖民者奋起反抗专制暴政，在《独立宣言》中喊出了"人人生而平等"的口号，但与此同时，包括华盛顿和杰弗逊在内的革命领袖、立宪先贤以及相当多的一部分殖民者却奴役大批黑奴，并且在宪法中对奴隶制予以正式承认和保护，这岂不是一个极大的矛盾吗？

说来话长，西方的人权理论和民主制度固然源远流长，但几千年来，人权和民主基本上只是少数贵族和富人享用的奢侈品，穷人、奴隶、妇女从未被包括在内。欧洲旧大陆第三等级资产阶级先富起来之后，喊出了"自由、平等、博爱"的口号；北美新大陆殖民者在反抗专制的斗争中，举起了"天赋人权"的旗帜。但是，根深蒂固的种族偏见和对财富的强烈贪欲，并不是任何正义的口号和善良的愿望所能轻易改变的。美国史学名家霍夫斯塔特（Richard Hofstadter）认为，"私有财产权神圣，个人处置和投资财产的权利，以及在宽广的法律范围内，个人的自利与自主

---

① John H. Ferguson & Dean E. McHenry, *The American System of Government*, New York: McGraw-Hill, 1981, pp. 59-60.

(self - interest and self - assertion) 自然地演化为一个有益的社会秩序，一直是美国政治理念的主要原则”。与此同时，“美国的传统也强烈地偏好平等主义式的民主，但是，这种民主却是贪欲的民主，而不是博爱的民主”。[①]

1776年杰弗逊起草《独立宣言》第一稿时，曾把支持奴隶贸易、将奴隶制强加于北美殖民地列为英王的罪状之一，但因南方州奴隶主的反对而被迫删除。在费城制宪会议期间，北方州反对奴隶制的立宪代表深知，当前面临的严峻任务，是建立一个既有足够的权威维护各州共同利益，同时又不损害各州主权和公民权利的联邦政府，而不是废除奴隶制。所以，北方州做出妥协，承认了“一国两制”的局面，换取南方蓄奴州对立宪的支持，同时南方州也做出了一定的让步。

1789年生效的美国宪法中直接涉及到奴隶或奴隶制的条款有5条，间接涉及的条款则有十余项之多，其中最重要的条款有3项，即“五分之三条款”、“奴隶贸易条款”和“逃奴条款”。

宪法第1条第2款第3项规定：当按照各州人口比例分配国会众议院的席位和联邦直接税时，一个黑奴等于五分之三的白人“自由民”。

那么，既然黑奴是奴隶主的财产，既无人权又无选举权，为何在决定国会席位时又被认为是“五分之三”的人呢？这种荒谬绝伦的宪法岂不是在搞假民主吗？

这里的奥妙在于，当时南方蓄奴州人口的总数在减去黑奴之外，远远低于北方州人口总数，而奴隶制在北方各州已经或即将被废除。南方州担心，联邦政府建立后，北方自由州将会在按人口比例分配的国会众议院占据优势地位，从而可能通过有损南方

① Richard Hofstadter, *The American Political Tradition*, New York: Vintage Books, 1989, p. xxxvii.

州利益的法案。所以，南方州坚持要求将奴隶人口计入自由人口总数之内。最后南北双方达成“五分之三条款”妥协，南方州在获得较多代表权的同时，同意按一个黑奴折合五分之三自由人的比例向联邦政府多交联邦税。

宪法第1条第9款第一项规定：在1808年之前，即在宪法生效20年之内，国会不得立法禁止进口奴隶的贸易。

这一条款既可以理解为制宪者对奴隶制的让步和承认，但同时也可以被解释为对奴隶制扩张的限制。据此规定，南方州在立宪后可以有20年的时间继续从事奴隶进口贸易。南方奴隶主们估算，20年后南方所需奴隶，将可以从国内黑奴的后代中得到补充，所以同意达成妥协。

宪法第4条第2款第3项保证：逃亡外州（即非蓄奴州）的黑奴，被抓获后必须物归原主，继续为奴。这一规定使对南方州奴隶制的保护宪法化，也是对自由和人权高调的极大讽刺。

另外，依照联邦与州之间的分权原则，凡是宪法未授予联邦政府、也未禁止各州使用的权力，均归各州行使。这样，决定奴隶制废存的权力完全归属各州，联邦无权干预。保护公民个人权利和自由的《权利法案》被解释为只针对联邦政府但对各州毫无约束力的奇特现象，实际上也与宪法对奴隶制的默认有直接关系。

1789年美国宪法的伟大意义和历史地位固然不可低估，但是，这部理应简明扼要、字字玑珠的成文宪法，在奴隶制问题上花费了如此之多的笔墨，实在是令人吃惊。想当年，在制宪过程中，南北双方就奴隶制以及联邦与州之间的权限问题达成了一系列妥协。然而，出乎所有人意料之外的是，这些妥协条款实际上暗藏杀机。后来，它们不仅成为南方奴隶制在立宪建国后继续肆无忌惮地发展和扩张的宪法基础，而且最终成为引发南北分裂和内战的一个深层原因。

今天的宪法学家们承认，在立宪建国时，美国废除奴隶制度是不可能。制宪先贤无意制定一部千古流芳、万世永存的宪法，也没想要设计一个虚无飘渺、脱离现实的人间理想国。他们当年关注的是对上层统治集团权力的限制和制衡，是对有产阶级私有财产和民主权利的宪法保护。立宪的过程，实际上就是有产阶级中各个利益集团之间在财产和政治利益方面合作与妥协的过程。想当年，制宪者本着对历史和现实问题“宜粗不益细”的原则，极为明智地把废除奴隶制的历史难题留给了后人。可是，宪法中涉及奴隶制的一系列妥协条款以及这部文献在很多问题上含糊不清、语焉不详的特点，却使后人陷人了难以解脱的宪法危机，为南北战争的爆发埋下了定时炸弹。

## (二) 奴隶制扩张与宪政危机

1789年美国宪法确立了“一国两制”、财产权高于人权、州权高于人权、联邦无权干预奴隶制等一系列原则，使奴隶制在美国不仅难以废除，而且还在宪法的保障下继续在南方各州盛行发展。宪法生效时，联邦内共有13个州，其中7个州（宾夕法尼亚、康涅狄格、新泽西、马萨诸塞、新罕布什尔、纽约和罗德岛）是已经宣布或即将宣布废除奴隶制的自由州，另外6个州（弗吉尼亚、马里兰、特拉华、佐治亚、南卡罗莱纳和北卡罗莱纳）为蓄奴州。

应当指出的是，由于宪法的保护，南北双方对最初6个蓄奴州中的奴隶制问题并无争执。引发宪政危机的真正原因，是如何处理奴隶制蔓延扩张到新开拓的疆土上这样一个法无明文的宪政难题。

美国独立之后，不断向四周扩张疆土。1787年通过与英国

谈判得到了位于五大湖区的西北领地（Northwest Territory）[①]，1803年从法国购人路易斯安那领地[②]，接着，又通过战争和强买从墨西哥夺得西南领地（如今得克萨斯、新墨西哥、亚利桑那、加利福尼亚州一带），并且在这些领地上逐步建起新州。谁料想，国势昌盛反而成为争吵分裂的根源，正是在新开拓的联邦领地和新建的州中是否允许存在奴隶制的问题上，南北双方闹得水火不容，剑拔弩张。由于宪法中有关奴隶制的规定模棱两可、模糊不清，这就给联邦政府和国会造成了极大困惑，南北阵营只能通过妥协暂时缓解危机。

反对奴隶制的阵营认为，宪法中有关奴隶制的妥协条款只是一种缓兵之计，制宪者的最终目标是消灭奴隶制，所以，应当像处理一场火灾一样建立防火墙。只有把奴隶制的罪恶之火隔离在一个有限的区域里防止蔓延，将来才有可能扑灭。基于这一考虑，1789年，联邦国会通过了1787年邦联国会制定的《西北领地法令》，规定在西北领地上新建的州不得实行奴隶制，但允许奴隶主到此地区追捕逃奴。

支持奴隶制的阵营认为，制宪者承认了奴隶制的合法性，宪法中的妥协条款是为了保障奴隶制的发展。建国立宪后，南方移民为开拓疆土奋勇当先，浴血奋战，从土著印第安人和墨西哥抢夺了大片土地。在这片广阔天地里，如果只允许北方资本家下山摘桃，创业发财，为所欲为；却唯独不允许南方奴隶主带着奴隶和财产安家立业，拓荒致富，显然，于情于理，都是极不公正

---

① 包括如今美国的俄亥俄、印第安纳、伊利诺伊、密执安、威斯康星诸州和明尼苏达州东部。

② 包括如今美国的阿肯色、密苏里、爱达荷、北达科达、南达科达、内布拉斯加、俄克拉荷马诸州，以及明尼苏达、蒙大拿、怀俄明、科罗拉多和路易斯安那诸州大部或一部。

的。这样，延续最初的南北地理分界线，一些新州允许实行奴隶制。

从1791年到1819年，一共有9个新州加入联邦，其中4个州以自由州身份加入，5个州以蓄奴州身份加入。到1819年时，联邦内一共有22个州，自由州和蓄奴州同为11个州，双方在参议院的力量势均力敌。

但是，这一平衡在1819年遇到挑战。当年2月，位于路易斯安那领地的密苏里州要求以蓄奴州身份加入联邦时，南北双方发生了严重争执。在当时的国会力量对比中，北方因人口增长较快，已经牢固地占据了众议院多数席位。这样，南北双方在参议院保持同等席位，便成为维持南北力量均衡的惟一有效机制，无论密苏里州以何种身份加入联邦，都会打破这个均衡。在美国的宪政体制下，由于每一个州在参议院拥有两个固定席位的宪法条款，使南方奴隶制陷入了一种“不扩张即灭亡”的宪政困境。而北方既无法容忍奴隶制无限制地扩张，也绝不会听任蓄奴州占据参议院多数席位。

天无绝人之路。这时，原属马萨诸塞州的缅因地区要求单独加入联邦，此举为解决宪政危机提供了转机。1820年，南北双方达成妥协，国会同意接受缅因以自由州身份加入联邦，接受密苏里州以蓄奴州身份加入联邦，以保持南北阵营在参议院投票权的平衡。为了防止再次发生类似危机，国会决定以北纬36度30分为界，对剩余的尚待建立新州的路易斯安那领地进行划分。此线以南地区允许奴隶制，此线以北地区（密苏里州除外）禁止奴隶制，但允许逃奴法施行。此项法案史称1820年《密苏里妥协案》。

可是，《密苏里妥协案》只是暂时缓解了南北双方围绕路易斯安那领地产生的冲突，并没有从根本上解决实质性问题。随着联邦领土的日益扩大和新州象走马灯一般不停地申请加入联邦，

南北之间的矛盾冲突一波未平，一波又起，仇恨和积怨日益加深，宪政危机愈演愈烈。对此，联邦行政当局焦头烂额，束手无策；国会两院争吵不休，一筹莫展。在此历史背景之下，联邦最高法院1856至1857年期间对斯科特诉桑弗特一案的审理显得格外引人注目。[①]

斯科特（Dred Scott）是一个黑奴，1833年被主人卖给蓄奴州密苏里州的一位名叫艾默森（John Emerson）的军医。1834年至1838年期间，斯科特跟随艾默森先后在自由州伊利诺伊州和威斯康星自由联邦领地（后来建成威斯康星州和明尼苏达州）的军营里居住过4年。1838年，斯科特随从主人重新回到密苏里州。1843年艾默森去世后，根据其遗嘱，斯科特成为主人遗孀艾默森夫人的财产。

1846年，在白人废奴团体的帮助下，斯科特向密苏里州地方法院提出申诉，要求获得人身自由。斯科特的律师声称，斯科特曾在伊利诺伊州和威斯康星联邦领地居住过4年，因两地均禁止奴隶制，所以他在两地居住期间的身份应是自由人而非奴隶。根据州际之间相互尊重州法律的原则以及密苏里州“一旦自由，永远自由”的州法，斯科特获得自由人身份之后，即使重新回到蓄奴州密苏里州，其自由人身份也不应被剥夺。经过漫长而艰辛的诉讼，斯科特案终于在1856年2月上诉到最高法院。在此期间，艾默森夫人已再嫁，斯科特在法律上被转让给艾默森夫人的弟弟桑弗特（John F. A. Sandford），所以此案史称斯科特诉桑弗特案。

可能有人会奇怪，斯科特一介奴隶之身，为什么能够在蓄奴

① 王希教授对斯科特案的背景和案情有非常出色的介绍和分析。参见王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京：北京大学出版社，2000，第219—239页。

州密苏里州的法院提出法律诉讼，并且成功地把这起诉讼官司一直打到联邦最高法院呢？

是这么回事，如果斯科特案发生在原始蓄奴州之一的南卡罗莱纳州，那么斯科特的起诉根本就没戏。但是，密苏里州是立宪建国后新建的蓄奴州，有关黑奴的州法不像原始蓄奴州那样野蛮苛刻，黑奴拥有为自己的人身自由上法院喊冤告状的权利。1850年，密苏里州地方法院做出了对斯科特有利的初审判决，使斯科特在法律上暂时具有了密苏里州公民身份。此外，作为艾默森夫人法定代理人的桑弗特是纽约州居民，处理不同州公民之间的法律纠纷的管辖权属于联邦法院，这样，斯科特案自然可以名正言顺地向联邦最高法院上诉。斯科特的律师则认为，斯科特跟随主人在威斯康星联邦领地的联邦军营里住过两年，由于联邦政府对这一地区拥有管辖权，所以斯科特实际上已具有美国公民身份，向联邦最高法院上诉是顺理成章之事。

## （三）最高法院火上浇油

经过长达一年之久的犹豫不定和左右摇摆，1857年3月，联邦最高法院终于以7比2五票之差驳回了斯科特的上诉。主审此案的是年逾80的首席大法官坦尼（Roger B. Taney，1836—1864任职），他亲自执笔撰写法院判决书，从分析制宪者的“原始意图”（Original Intent）人手，对最高法院多数派的立场进行了详尽的解释和辩护。

斯科特案判决涉及到三个重大宪政问题：第一，斯科特是否可以被视为美国公民，并具备在联邦法院申诉的资格和权利？第二，斯科特从蓄奴州随主人来到自由州或自由联邦领地短暂居住后，是否能使他自动获得人身自由？第三，国会是否有权利在联邦领地内禁止奴隶制？

对于第一个问题，坦尼法官明确宣布，斯科特不是美国公民。坦尼的法律根据是，在立宪建国之前，只有州公民，没有美国公民。当联邦宪法正式生效时，联邦管辖下的各州公民自动成为美国公民。但是，由于黑人只是奴隶主的财产，在宪法生效时不具有州公民资格，所以他们没有自动归化为美国公民。联邦成立之后，将居民归化为州公民属于各州政府的权力，将居民归化为美国公民属于联邦政府的管辖权，州公民已不能再自动成为美国公民。换句话说，过了这个村就没这个店了。尽管立宪建国后一些北方州立法解放黑奴，使获得自由的黑人成为州公民，但由于没赶上联邦宪法生效的好年景，州公民已无法自动成为美国公民。所以，斯科特不具备美国公民身份，不能享有美国公民受联邦宪法保障的公民权利，不具备在联邦法院诉讼的资格。

坦尼进一步解释说，黑人的美国公民身份和宪法权利问题，根本就没有被制宪者放在心上。制宪者从来就没有把被视为财产的黑人包括在宪法中的"人民"（people）、"公民"（citizens）和《独立宣言》中"人人生而平等"的"人人"（all men）等概念之中，制宪者"非常清楚地理解他们所使用的语言的涵义，也清楚地知道其他人将会如何理解这种涵义。他们知道，任何文明世界都不会将黑人种族包括在内，也知道黑人种族将根据公意总是被排除在文明政府和国家之外，命中注定要成为奴隶"。[①]

应当说，坦尼法官对制宪者忽视黑人公民权利的这番解释，基本上合乎历史事实。在当时的历史环境下，即使是猛烈抨击奴隶制的林肯总统，也同样漠视黑人的公民地位和宪法权利。林肯虽然从道德上反对奴隶制，但他并不认为黑人可以成为美国社会中拥有宪法权利的平等一员。1858年9月，即斯科特案判决后第二年，林肯公开表示："我声明，我从来不赞成白种人和黑种

① *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 404, 410 (1857).

人以任何方式获得社会上和政治上的平等。我从不赞成给黑人以投票权。黑人不得成为陪审员，不具备担任公职的资格，不得与白种人通婚”。[1] 林肯对黑人的基本观点是，给奴隶以自由，然后将他们送回非洲。

实际上，在黑人的美国公民身份问题上，最高法院大法官的回旋余地很小。首先，大法官的职责只是解释宪法，可是，在涉及到奴隶和奴隶制的十余处宪法条款中，根本就找不到应视黑人为美国公民的法律依据。其次，假设坦尼在判决中承认了黑人的美国公民地位，那么必然会引申出黑人的选举权、陪审团资格、人身保护令特权等一系列宪法问题。在当时奴隶制盛行的南方州，这种判决有可能导致政治灾难和社会动乱，有可能导致南北战争提前开打。所以，指望最高法院能做出一揽子承认黑人是美国公民这种骇世惊俗的判决，显然超出了当时的历史条件。

如果坦尼大法官头脑清醒，在判决黑人不是美国公民之后，见好就收，终止审理这个百年难案，他有可能作为最高法院历史上最著名的大法官之一而永垂青史。遗憾的是，一意孤行的坦尼沿着歪门邪道一直走了下去，一直走到黑灯瞎火，陷入绝境。

对于第二个问题，坦尼大法官明确无误地裁定，斯科特从蓄奴州到了自由州或自由联邦领地短暂居住过后，不能自动获得人身自由。

斯科特短暂居住过的伊利诺伊州，是根据禁止蓄奴的《西北土地法令》新建的自由州。斯科特的律师认为，这是斯科特应自动获得自由人身份的重要法律依据。针对这一问题，坦尼在判决中认为，当西北土地于 1787 年归属合众国管辖时，邦联政府徒

① Abraham Lincoln, Fourth Lincoln - Douglas Debate, September 18, 1858. 引自 Michael P. Johnson, ed., *Abraham Lincoln, Slavery, and the Civil War*, New York: St. Martin's Press, 2001, p.73.

有虚名，联邦政府尚未成立，因此，西北土地的真正拥有者是13个原始州。联邦政府成立后通过的联邦法令，照理不得损害13个原始州人民的利益。如果黑奴斯科特随主人在伊利诺伊州短暂居住就使他自动拥有自由人身份，那将是对蓄奴州人民利益的严重损害，这显然是不公正也不合法的。

坦尼进一步认为，奴隶制和奴隶的人身自由问题，是制宪者绝对和无条件地保留给各州管辖的权利，联邦无权过问。因此，斯科特的命运只能由州法院定夺。然而，这种州权至上的观点，却不可避免地与1820年《密苏里妥协案》产生了冲突。因为，斯科特短暂居住过的威斯康星联邦领地，原是1803年路易斯安那购买领地的一部份，因其位于“密苏里妥协线”（北纬36度30分）以北，所以成为一块禁止奴隶制的联邦自由领地。斯科特的律师认为，这是斯科特应自动获得自由人身份的另一个重要法律依据。这样，就自然地引申出《密苏里妥协案》的合宪性问题。

对此，坦尼大法官在判决书中毫不含糊地裁定，根据宪法，国会无权在联邦领地禁止奴隶制，1820年《密苏里妥协案》是一项违宪法案。

坦尼论证道，联邦政府是各州人民的代表，在制订对联邦领地的管理法规时，国会不得任意剥夺任何美国公民的合法权利。他引证宪法解释说：“财产权利与个人权利相结合，被宪法第5修正案置于同样地位。它规定，不经正当法律程序，任何人不得被剥夺生命、自由和财产。如果合众国公民未曾违反任何法律，仅仅因他自身或带着他的财产进入合众国的某一特定地域，就被国会法案剥夺自由或财产，那么这项法案就难以承当正当法律程序的尊称”。[1]据此，坦尼宣布，1820年《密苏里妥协案》因违宪而被取消。自马歇尔大法官（John Marshall，1801—1835任职）

---

① *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 450 (1857).

于半个世纪前，就马伯里诉麦迪逊案（Marbury v. Madison，1803），开天辟地第一次确立了司法部门的司法审查权之后，这是美国最高法院第二次启动司法审查权的尚方宝剑，其目的竟然是从宪法高度维护奴隶制！

如果单纯从法律角度看，坦尼大法官对这个案子的判决无可厚非。奴隶制虽然是南方从历史继承下来的一种罪恶制度，但这种制度在立宪建国时得到了宪法的承认和保护。在一个法治社会中，恶法也是法。在宪法文献《联邦党人文集》第10篇，美国宪法之父麦迪逊明确指出，宪法的第一目的，就是保护财产权利，就是保障私有财产神圣不可侵犯。因此，如果仅仅因奴隶主携带黑奴在联邦自由领地短暂居住，就被自动剥夺拥有“财产”的权利，那实际上与“打土豪、分田地”的政策区别并不太大。

但是，如果从政治角度看，坦尼法官的判决荒唐得令人难以置信，它宣告“一国两制”土崩瓦解，奴隶制向联邦领地和新州蔓延扩张名正言顺。这个判决不仅从宪法高度维护了奴隶制，堵塞了以法律手段解决南方奴隶制问题的道路，而且坚定了南方蓄奴州依法捍卫奴隶制的决心，使1861年执政的林肯总统处于“违法乱纪”的被动地位，对南北战争的爆发起到推波助澜的恶劣作用。斯科特案不仅被美国学者列为美国宪政史上最糟糕的判例，而且被认为是引发南北战争的重要原因之一。[①]

针对斯科特案判决，一位名叫布兰特（William Cullen Bryant）的北方诗人兼编辑义正辞严地宣称：“如果联邦最高法院的这项决定成为法律，奴隶制度将不只是蓄奴州所称的特有制度，而是一种联邦制度，是所有州的共同传统和耻辱”。“从此以后，联邦政府的管辖权扩展到哪里，锁链和鞭笞也会随之而去。凡是有美

---

① Robert J. Wagman, *The Supreme Court: A Citizen's Guide*, New York: Pharos Books, 1993, p.169.

国国旗飘扬的地方，就表示那里有罪恶的奴隶制。如果真的如此，星条旗上闪耀的五星和象征晨曦的红霞应该抹去，应该染成黑色，应该绘上皮鞭和镣铐。我们能俯首贴耳地接受这种对宪法的新解释吗？……决不！决不！”[1]

## （四）私有产权与奴隶制

人们可能会有一个疑问，最高法院大法官标榜不偏不倚，号称公平正义，被誉为宪政法治的捍卫者。那么，在斯科特案中，多数派法官们为什么会做出明显偏向南方蓄奴州的荒谬判决呢？

一种比较流行的解释是，法律的实质是阶级统治和压迫的工具，所谓公平正义只是小资沙龙里的痴人说梦。在坦尼法院中，来自南方蓄奴州的法官占据了多数席位，首席法官坦尼出身于南方名声显赫、富甲一方的种植园主家庭。因此，奴隶主大法官的阶级地位，早已预先决定了他们的司法观念和荒唐判决。

这种解释当然很有道理，但令人困惑的是，在1841年著名的美国诉阿米斯达号案（United States v. Amistad, 1841）[2] 判决中，奴隶主大法官占多数的坦尼法院却以8比1的绝对多数（来自北方州的Henry Baldwin法官投了惟一的反对票）做出了有利黑奴的裁决，使杀死白人船主的黑奴不但被无罪开释，而且还获得了人身自由。坦尼法院对这个案件的判决主要基于两个理由，其

① 引自 Allan Nevins and Henry Steele Commager with Jeffrey Morris, *A Pocket History of the United States*, New York: Pocket Books, 1992, p.207.

② *U.S. Appellants v. The Libellants and Caimants of the Schooner Amistad*, 40 U.S. 518 (1841), http: //laws.findlaw.com/us/40/518.html. 好莱坞著名电影导演斯皮尔伯格（Steven Spielberg，曾执导《辛德勒的名单》、《拯救大兵瑞恩》等影片）根据此案拍摄的影片《阿米斯达号》（Amistad），获得1997年度奥斯卡最佳故事片奖提名。

一，涉案黑奴不是合法意义上的奴隶，他们的暴动属于反抗劫持、争取自由的自卫行动。其二，此案的初审地点在自由州康涅狄格州，根据宪法，联邦无权干预各州在奴隶制问题上的法律。这个案例说明，仅仅用法律的阶级性来解释斯科特案判决是远远不够的。

坦尼大法官1777年生于蓄奴州马里兰州极有名望的种植园主家庭。由于当时南方仍然残留欧洲旧大陆长子继承权的封建宗法传统，身为次子的坦尼无资格继承祖传的庄园田产，只能从家庭遗产中继承一些黑奴作为金钱补偿。"无田一身轻"的坦尼潜心研读法律，30多岁时已成为名闻遐迩的大律师，并先后出任马里兰州和联邦政府总检察长等要职。1836年，他接替马歇尔出任首席大法官职务。在坦尼任职前期，联邦最高法院的威望和地位稳步上升。

坦尼虽然在法律上维护南方奴隶制，但在内心深处，他认为奴隶制是一种不道德的制度，应当以渐进性的方式逐步废除。坦尼本人不但无偿解放了自己名下的的全部黑奴，而且在金钱上资助那些得到自由后因年高体弱而难以维生的奴隶。[①] 这种相当于主动放弃一笔巨额私人财富的举动，无论在当时和现在都堪称令人钦佩。在此问题上，《独立宣言》的起草人、第三任总统杰弗逊相形见绌。此公"人人生而平等"、"禁止奴隶贸易"之类的高调儿喊得比谁都高，但崇高理想从未落实到个人行动上。尽管杰弗逊有意解放黑奴，但由于挥霍无度，负债累累，他不得不卖掉自己的绝大部分黑奴抵债。古往今来，为道德而抛利益，并非凡人甚至伟人都能达到的境界。

可是，当做出司法裁决时，"私德"高尚的坦尼却从宪法高

---

① Clare Cushman, ed., *The Supreme Court Justices: Illustrated Biographies, 1789 - 1995*, Washington, D.C: Congressional Quarterly, 1995, p.120.

度维护奴隶制，铸成了自己身败名裂的历史命运，成为美国宪政史上的一个悲剧性人物。作为来自南部的法官，坦尼对南部各州在联邦中处于“劣势地位”（state of inferiority）的命运深感不安，担心激进的北方废奴运动摧毁南方的社会秩序。[①] 坦尼的司法哲学是，根据宪法，究竟是保存还是废除奴隶制，是一项完全属于各州的权力。而法官的惟一职责，就是遵循制宪者的“原始意图”解释宪法。所以，一项判决即使与法官个人道德观点相冲突，一项裁定即使不够公平正义，也应严格地遵循宪法条款行事。法官不应在裁决中搀杂个人道德观点，不应破坏正当程序、私有产权神圣以及联邦与州之间的分权制衡原则。如果从单纯的法律角度看，坦尼的司法观点自有其道理。

那么，什么是制宪者的“原始意图”呢？实际上，关于奴隶制问题，制宪者自身也是一脑门子浆糊。常言道，法律和制度设计永远是灰色的，社会和民情的生活之树常青。任何人间智慧，都不可能设计出万世永存的法律和制度。杰弗逊曾非常精辟地强调：“美国宪法属于活着的人，不是属于死者。”[②] 美国宪法的一个重要特点，正是具有弹性和张力，遣词用语模糊宽泛，为后人解释宪法留下了空间。

可是，坦尼法官对斯科特案的判决，却无视北方州已立法废除奴隶制以及南方州已被迫承认在一部分联邦领地和新州不得实行奴隶制的现实，把本来模棱两可、尚有妥协余地的奴隶制问题，“清晰明确”地解释为一种受宪法第5修正案保护的联邦制

---

① Don E. Fehrenbacher, *The Dred Scott Case: Its Significance in American Law & Politics*, New York: Oxford University Press, 1978, pp.557 – 558, 560 – 561.

② 转引自 James MacGregor Burns, *Government by the People*, New Jersey: Prentice Hall, 1995, p.40.

度，在妥协与原则之间彻底丧失了平衡，最终引发了宪政崩溃、南北开战的极端局面。

如果认真分析坦尼法官对斯科特案的判决，人们会注意到，在正当法律程序、州权至上等理论的背后，是私有财产神圣不可侵犯的经典信条。在南方蓄奴州，土地和黑奴构成了有产阶级私有财产的主要形式，二者缺一不可。另外，奴隶主并非仅占南方白人居民5%左右的“一小撮”，而是占25%左右的“一小片”。[①]以奴隶主私有产权为核心的奴隶制经济，是南方州社会稳定和经济发展的基础。在1787年费城制宪会议期间，南卡罗莱纳州长、著名制宪代表拉特利奇（John Rutledge，1789—1790任联邦最高法院大法官，1795年任首席大法官）明确宣称：“宗教和人性与奴隶贸易问题均不沾边，惟有利益才是所有国家的统治性原则。”[②]

拉特利奇关于利益的直言，一语道破了南方奴隶制的实质。北方之所以未经暴力就废除了奴隶制，主要是因为实行奴隶制毫无经济效益。南方奴隶主死活不肯放弃奴隶制，甚至不惜与北方兵戎相见，自有其深刻的经济根源。诺贝尔经济奖得主、芝加哥大学经济史教授福格尔（Robert William Fogel）指出：“那些统治南方的奴隶主们，并非死死抱住一种使他们得不到利润，阻碍他

① 据统计，25%的南方白人家庭拥有黑奴，但大多数奴隶主仅拥有4至5名黑奴。只有10%左右的奴隶主拥有20名以上黑奴。参见 Eric Foner and Olivia Mahoney, *A House Divided: American in the Age of Lincoln*. New York: Norton & Company, 1990, p.6.

② Max Farrand, ed., *the Records of the Federal Convention of 1787*, New Haven: Yale University Press, 1934, vol.2, p.364. 说明，1787年费城制宪会议的全部档案文献，可以在国会图书馆的“百年立法”网站（A Century of Lawmaking）查阅到电子版。网址为：http://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwsl.html.

们的经济增长，以及使自由民和奴隶的收入同样受到压抑的濒临死亡的经济制度。不管奴隶制度对黑人而言是多么沉重的枷锁，它却为自由民创造了相当可观的繁荣。"[①]所以，尽管奴隶制是一种极不道德的罪恶制度，但在巨大的经济利益诱惑下，道德和正义被抛到了九霄云外。实际上，当涉及财产和经济利益问题时，道德与法律的冲突或脱节是一种相当普遍的现象。即使在美国，要求政府官员公布他们的财产、个人收入及其来源，以便广大民众监督这种属于基本道德规范的"阳光"法律，也是迟至1978年才由国会正式通过。

一个重要的历史和经济背景是，当年美国南方的奴隶制种植园经济，是与自由贸易、自由市场、私有产权等资本主义金科玉律紧密相联的一种特殊形态的资本主义商品经济。[②]在英国工业革命蓬勃兴起的背景下，美国南方形成了一种主要依靠向英国和北方州大规模出口棉花、烟草等农产品"创汇致富"的出口导向型农业经济。据统计，在1860年，英国棉纺工业所需要的80%的原棉系由美国南方进口。由于国内外市场对棉花需求量急剧增长，南方奴隶制种植园经济一直处于高速发展势头。南北战争前，在对黑奴残酷剥削的基础上，南方州的平均经济增长率和人均年收入增长率均高于北方州。与此同时，黑奴的价格不断上涨。在1800年，一个年轻力壮的黑奴"种田能手"（prime field hand）的价格低于400美元，到1857年时，价格已涨到1500美

---

① Fogel, Robert William and Engerman, Stanley L., eds., *The Reinterpretation of American Economic History*, New York: Harper & Row, Publishers, 1971, p.338.

② Robert William Fogel, *Without Consent or Contract: The Rise and Fall of American Slavery*, New York: Norton & Company, 1989, p.36, pp.64–65.

元，[1]大约相当于2000年的3万美元。在此背景下，南方奴隶主岂能轻言放弃黑奴这种价值昂贵的“私有财产”。

还应提到的是，与大英帝国相比，美国当时是一个“发展中国家”，缺乏鼓吹开放市场、自由竞争、自由贸易等“全球化”高调儿的实力。为了保护尚在起步阶段的北方州民族工业，联邦政府以当时世界各国中最高的关税率筑起了保护性贸易壁垒。可是，这种保护性关税却严重伤害了南方的“外向出口型”经济。一方面，高关税使南方州处于恶劣的国际贸易环境之中，不得不承受欧洲国家报复性高关税的伤害；另一方面，南方州不得不付高价购买从欧洲和北方进口的工业品。这种“富北穷南”的高关税政策，使南方州每年遭受高达数亿美元的巨额经济损失。

南方州对联邦政府的保护性关税极为不满，认为这项政策实质上是对南方的勒索和暴政，是南方被迫为北方经济的发展献血。而且，北方对南方的处境毫无同情之心，不但不感恩戴德，反而以道德和正义为由，利用在众议院占据牢固多数的优势，阻挠奴隶制在联邦领地和新州的扩张，甚至暗中充当南方州逃奴的避难所，严重侵犯了南方奴隶主的私有产权。南方政客认为，北方企图以高关税和废奴运动为手段，摧毁南方种植园经济，使南方沦落为北方的廉价原料产地。实际上，南北双方在产业结构和经济利益等方面的对立，而非道德和正义的冲突，才是南北阵营在奴隶制和高关税等问题上水火不相容的主要根源。

美国南方奴隶制的另一个重要特点，在于奴隶是黑人而且数量众多。在立宪建国之初，黑奴仅有60余万，但在内战前的1860年，黑奴人口已高达400万，约占南方总人口40%左右。在南卡罗莱纳州和密西西比州，黑奴人口已远远超过了白人。由

---

① David M. Potter, *The Impending Crisis, 1848—1861*, New York: Harper & Row, Publishers, 1976, p.398.

于担心黑奴造反，南方奴隶主极力维持黑白之间的主奴和贵贱关系，形成一种阶级压迫与种族奴役相互交织的社会结构。[①] 这样，既可以防止黑奴怠工逃亡，造反起义，又能避免心怀不满的白人贫困阶层与黑奴合谋叛乱。南方奴隶主认为，为了维护富人和有产阶级的权势、财富和良好的社会治安，有效地管制庞大的黑奴人口，奴隶制是惟一可行的措施。此外，为了榨取更多的高额利润，在人身奴役性质不变和经济增长的前提下，南方奴隶主在一定程度上改善了黑奴的生活待遇。[②]

针对北方州对奴隶制的抨击，南方奴隶主声称，黑奴终身受雇，待遇良好，既无老病之虞，亦无失业之忧。而北方州实行的自由雇佣制，实质上只是一种工资奴隶制。北方控诉丧尽天良的南方奴隶主把黑奴隶像牲畜一样拍卖，南方痛斥唯利是图的北方资本家迫使童工为微薄的工薪每天工作 12 小时；北方废奴派要求立即废除奴隶制，南方州权派威胁要脱离联邦；北方认为脱离

---

① 南方白人贫民阶层虽然穷困潦倒，但却是奴隶制的支持者和维护者。主要原因在于，大奴隶主阶层占据了南方政治和文化的优势地位，而统治阶级的思想总是成为一个社会中占统治地位的思想。另外，正如南方邦联总统戴维斯所言："由于一个低等种族的存在，每一个白人都变得高贵并提高了社会地位。"引自 Gunnar Myrdal, *An American Dilemma: The Negro Problem and Modern Democracy*, New York: Harper & Row, Publishers, 1962, pp.442 - 443.

② 根据福格尔教授的研究，南方黑奴日常饮食中的热量和蛋白质摄入量达到较高水平。据统计，在1860年，黑奴年人均肉类消费量为176磅。相比之下，1890年，意大利年人均肉类消费量仅为23磅。但是，仅仅根据营养水平便得出黑奴待遇良好的结论是不正确的。在黑奴人数较多的大种植园，奴隶主监工对黑奴人身压迫的现象比较严重。奴隶主拍卖黑奴的野蛮行径，更是造成了无数奴隶家庭生离死别的悲剧。参见 Robert William Fogel, *Without Consent or Contract: The Rise and Fall of American Slavery*, New York: Norton & Company, 1989, p.133, pp.169 - 170.

联邦就意味着叛乱和内战，南方声称“另立中央”相当于反抗暴政的第二次独立战争。这样，南北阵营舌剑唇枪，剑拔弩张，决裂有如箭在弦上，一触即发。

那么，南北分裂是不是无法避免呢？一种说法是，南北双方利益针锋相对，立场南辕北辙，因此，分裂乃是命中注定，内战晚打不如早打；另一种说法是，当时尚有一定妥协余地，因为真打起来对双方都没啥好处。实际上，北方同情南方处境的温和派大有人在，南方州也并非人人都想舞刀弄枪，扯旗造反。内战打响后，密苏里、马里兰等四个边界蓄奴州站到北方阵营一边，就是一个极好的证明。有人说，如果把当时南北阵营之中闹得最欢、跳得最高的激进分子全都塞进几辆大篷车，一家伙沉到华盛顿特区市边上的波托马克河里，南北战争至少晚打五年。

谁都没想到，在这种特殊历史关头，联邦最高法院不但没起到调节矛盾，缓和冲突的作用，反而却扮演了火上浇油的拙劣角色。坦率地说，南方奴隶制问题，并不是一个简单的道德或原则问题，而是一个涉及到经济利益冲突以及复杂的政治、历史和社会原因的问题。所谓法律，在多数情况下实际上只是对已有的社会习惯、程序的规范化和确认。以奴隶制问题为背景的斯科特案，堪称美国宪政史上最棘手的百年难案。即使马歇尔这位“伟大的首席大法官”转世再生，除了高挂“免战牌”或折中平衡之外，恐怕也想不出什么绝妙高招儿。

可是，坦尼法官却像唐·吉柯德一样，不切实际，轻举妄动，草率地启用司法审查权，试图用司法手段快刀斩乱麻般地解决政治问题，结果反而被判决激起的惊涛骇浪所淹没。

## （五）斯科特案与美国内战

斯科特案判决的严重后果，是联邦最高法院威信扫地。美国

最高法院研究权威麦克罗斯基（Robert G. McCloskey）写道："暴风骤雨般的诅咒突然指向最高法院的法官们，他们似乎被此震惊了。他们远远未能熄灭奴隶制引起的争论，反而重新燃起了它的烈焰，并严重威胁到联邦司法部门自身的安全地位……"。另外，"斯科特案判决的失策，使最高法院丧失了北方的忠诚。在其历史上，最高法院第一次几乎失去了所有朋友，因为南方好景不长的友谊，也只提供了极为冷漠的安慰。"①

在美国的宪政体制下，联邦最高法院的裁决即是最终裁决，总统和国会都无法改变。惟一可行的办法，是经历极为困难的宪法程序，通过宪法修正案的方式否决最高法院的判决。可是，当时参议院内的南北阵营势均力敌，修正案根本通不过参议院这一关。此外，即使参议院通过了，仍需要四分之三州在规定时间内批准方才有效。

于是乎，北方各州法院开始公开抵制联邦最高法院的判决，拒不服从联邦命令，使联邦司法部门陷入半瘫痪状态。执法部门也睁一只眼闭一只眼，不再在北方州严格执行逃奴追缉法，从而极大地激化了本来已尖锐对立的南北争执。司法权威的流失和执法部门有法不依的现象，堵塞了解决奴隶制问题的和平妥协之道。自立宪建国以来，美国第一次在较大范围内出现了有法律却无人遵循，有宪法却无宪政运作的混乱局面，政治斗争开始走向无序化。

在斯科特案荒谬判决的阴影下，北方共和党人痛感南方奴隶制的威胁迫在眉睫，他们积极行动起来，极力争取1860年总统大选的胜利。1858年6月，林肯在接受伊利诺伊州共和党参议员候选人提名时，发表了"分裂之屋不能久长"的著名演说。在

---

① Robert G. McCloskey, *The American Supreme Court*, Chicago & London: University of Chicago Press, 2000, pp.62 - 64.

演说中，林肯用了几乎一半的篇幅指责斯科特案判决，对最高法院的司法权威提出了前所未有的挑战。同年8月至10月，林肯与民主党提名的州参议员候选人道格拉斯（Stephen A. Douglas），就联邦领地的奴隶制问题展开了一系列辩论，朝野轰动，全国瞩目，林肯的声望由此大振。1860年，林肯成为共和党总统候选人。

林肯虽然旗帜鲜明地抨击奴隶制的道德基础，但在实际政治行动中，他行动谨慎，立场温和。林肯认为："奴隶制度建立在不公正和有缺陷的政策之上，但是，颁布废止奴隶制度的宣言，看来只会增加而不是减少其灾难"。[①] 林肯的基本立场是，奴隶制只是一种地方性的制度，不应无限制地向联邦领地和新州扩张。但是，联邦政府应当维护南方州奴隶主的私有产权，以民主和法治的手段，对奴隶主实行渐进性的赎买政策，有偿地逐步废除奴隶制。这种办法虽然保守而缓慢，但与当时南方州的社会习俗和法律制度相适应。

尽管林肯具有温和主义的名声，但是，南方州权派仍然把林肯当选总统视为对奴隶制和奴隶主政治权力的排斥和威胁。其中一个重要原因，与宪法赋予总统的联邦法官任命权有关。当时，坦尼等几位来自南方州的大法官都已七老八十，风烛残年，林肯如果当选，他将有机会改变最高法院的组成，从而威胁到南方占优势的最后一个联邦权力部门。因此，1860年总统选举之前，南方州权派就放风威胁说，如果林肯获胜，南方就将脱离联邦。

在美国宪政史上，已加入联邦的州是否可以宣布脱离，是一个法无明文的宪政难题。美国开国先贤以天赋人权和社会契约为旗帜鼓吹造反和独立，在乡镇自治和各州分治的基础上建立了

① 转引自〔美〕霍华德·津恩著、许先春等译：《美国人民的历史》，上海人民出版社，2000，161页。

共和制的统一联邦。在这种联邦体制中，由于州权强大以及自由和分治的不可侵犯，当联邦政府无法"一碗水端平"时，很容易出现"闹独立"的乱子。在1812—1814年美英战争期间，北方新英格兰五州[①] 因与英国有较多商业关系，对联邦政府中南方鹰派的对外扩张政策极为不满。1814年12月，新英格兰五州选出代表，在康涅狄格州密谋。他们强烈谴责联邦的好战政策，反对联邦向新英格兰各州增加税收，有些激进派甚至主张退出联邦。[②] 只是由于几周后战争突然结束，北方五州退出联邦一事才不了了之。

1831年，由于被南方人称为"可恶税率"的《1828年关税法》严重伤害南方利益，来自南卡罗莱纳州的副总统卡尔霍恩(John C. Calhoun）宣称，宪法只是各州之间的契约，当联邦与州之间就涉及州的根本利益发生冲突时，各州有权宣布联邦法律无效。在卡尔霍恩看来，这正是《独立宣言》中关于政府的权力源于被统治者的同意，人民有权改变或废除侵犯人民利益的政府的思想。在此极端理论的鼓动下，1832年11月，南卡州议会召开全州大会并通过决议，通过《联邦法令废止权公告》，声称如果联邦政府强制施行关税法，南卡州将考虑退出联邦。

当时的美国总统安德鲁·杰克逊（Andrew Jackson，任期1829—1837）是一位战争英雄出身、脾气火爆的彪悍军人。在1815年1月新奥尔良战役（1812年美英战争的最后一战）中，军衔为少将的杰克逊率部大破英军，威名远扬，由此踏上通向总统宝座之路。此公虽然来自南方田纳西州，并拥有大量黑奴，但在维护联邦统一的大事上，他立场坚定，态度强硬。面对南卡州的挑

① 即马萨诸塞、康涅狄格、新罕布什尔、弗蒙特和罗德岛州。

② 参见 Donald R. Hickey, *The War of 1812: A Short History*, Urbana and Chicago: University of Illinois Press, p.90.

战，杰克逊一怒之下，要求国会授予用兵执法权，并下令调动精锐的联邦陆、海军部队，威胁要绞死卡尔霍恩。[①] 后经多方调解，双方都做出了让步。联邦政府同意降低关税，南卡州不再硬抗。卡尔霍恩辞职后当选州参议员，成为美国历史上第一位辞职的副总统。

杰克逊总统退休后，南方州权派的分裂行动与日俱增，肆无忌惮。在他们眼中，林肯没有统军打仗的军旅经验，两年前连州参议员都没选上的，只是个微不足道的三流小律师。在 1860 年总统大选中，普选票总数约为四百六十万张，林肯得票不到二百万张，显然将是一个毫无作为的弱势总统。另外，由于选举团制度的影响，1860 年总统选举成为美国历史上最具地区性色彩的一次选举。[②] 林肯在南方州只得到 0.02%的普选票，这一投票结果几乎相当于南方居民全民公决的独立宣言。这样，当宪政民主妨碍自由分治时，南方政客公然抵制民主选举结果。林肯当选后，南部七个州宣布退出联邦。不久又有四个州相继加入南方邦联。

历史证明，南方州权派低估了林肯为维护联邦完整不惜一战

① Paul Johnson, *A History of the American People*, New York: Harper Collins Publishers, 1997, pp. 346 – 348.

② 在自由州，林肯只赢得了 53%的普选票，可是，根据"赢者通吃"规则，在自由州 183 张选举人票中，他赢得了除新泽西州之外的 180 张，超过了全国选举人票的半数。在蓄奴州，林肯获得了 0.02%的普选票，所以他没得到一张蓄奴州的选举人票。可是，其他几位候选人在蓄奴州和新泽西州赢得的选举人票，总共只有 123 张。换言之，南方由于人口少，缺乏足够的选举人票，所以在大选中处于不利境地。在 1860 年选举中，林肯实际上是一位由略多于半数的北方州选民选出的总统。参见 David M. Potter, *The Impending Crisis, 1848—1861*, New York: Harper & Row, Publishers, 1976, p.443 – 444.

的决心。1861年3月，林肯发表总统就职演说时表示："我无意直接或间接地在蓄奴州干涉奴隶制，我相信我没有合法的权力，而且我也不想那样做"。但是，林肯坚决反对南部退出联邦的举动，他强调："从宪法和法律角度看，联邦是不可分解的"。在演说中，林肯还间接地批评了最高法院对斯科特案的判决，他指出："如果在事关全体美国人民的至关重要的问题上，政府的政策受最高法院判决的永久束缚，那么，这些涉及个人争议的普通案件的司法判决一经作出，人民将停止成为自己的主人，实际上把自己政府的权力拱手交给这个显赫的法院。"①

面对南北分裂的现实，林肯作出了用战争维护联邦的最后决定。实际上，由于联邦宪法对各州能否退出联邦这个问题语焉不详，北方用兵的战争行为并没有坚实的宪法基础。可是，如果联邦政府坐视一州脱离联邦，今后便无法阻止另一州同样行动；要是南方十一州可以退出联邦，自愿组成邦联，那么剩下的北方各州仍然可能继续分裂。北美大陆最后可能会出现一群相互妒嫉、自相残杀的小国，尤如拉美大陆。所以，林肯除了维护统一、反击分裂之外，别无选择。

南北战争打响后，林肯总统当机立断，独断专行，不仅扩大了于法无据的总统战争权力，而且还下令在部分地区中止公民人身保护令特权，对来自坦尼大法官"违宪"的指控不屑一顾。但是，在解放黑奴问题上，林肯一直彷徨动摇，犹豫不决。其中一个重要顾虑，就是与宪法程序有关的私有产权问题。鉴于美国宪法严禁政府在没有正当法律程序的条件下剥夺公民财产，林肯无意也无权解放黑奴。北方大规模用兵的目的，仅仅是维护国家统一，与解放黑奴、自由人权之类的道德高调毫不相干。1862年8

① Abraham Lincoln, First Inaugural Address, March 4, 1861. Michael P. Johnson, pp.109－113.

月22日，在给《纽约论坛报》编辑格瑞莱（Horace Greeley）的信中，林肯写道："我的最高目标是拯救联邦，既不是保存奴隶制度，亦非摧毁奴隶制度。如果不解放一个奴隶就能保存联邦，我就一个不放；如果解放全部奴隶就能保存联邦，我就全部解放；如果解放一部分奴隶，不解放其他奴隶就能保存联邦，我也照办。"①

可是，战争形势的恶化迫使林肯改变了立场。内战初期，南军指挥有方，训练有素，斗志旺盛，以一当十，以弱胜强。联邦虽然在人口、军事力量以及经济实力和工业水平方面皆占绝对优势，但联邦军队指挥混乱，训练不佳，一败再败，溃不成军，首都华盛顿特区几乎不保。另外，尽管90%的南方白人青壮年赴前方打仗，但后方的400万黑奴并没有借机叛乱造反，奴隶制经济仍然照常运作。由于战争旷日持久，日趋残酷，北方对获胜开始感到绝望。英、法、西班牙等欧洲列强对美国内战幸灾乐祸，乐意看到出现"两个美国"的局面，甚至蠢蠢欲动，伺机干涉。

面对要么改变战略要么失去战争的困境，林肯从"军事上的必要性"（Military Necessity）②考虑，终于下定决心，于1863年1月正式颁布《解放黑奴宣言》。联邦采取这一措施，既可以摧毁南方的战争意志和战争潜力，又可以打出为自由和正义而战的旗帜，使欧洲列强难以借机干涉。林肯总统宣布，在那些仍然与联邦军队对抗的南方地区，所有黑奴立即获得自由，自由黑人可以参加联邦军队，为维护联邦统一而战。但是，对于已处于联邦军队控制之下的南方地区和忠于联邦的四个边界蓄奴州中的黑奴的

① Abraham Lincoln, Letter to Horace Greeley, August 22, 1862. Michael P. Johnson, p.205.

② Stephen B. Oates, *Abraham Lincoln: The Man Behind the Myths*. New York: Harper & Row, Publishers, 1984, p.105.

自由问题，宣言中只字未提。换句话说，当林肯公布解放宣言时，实际上连一个黑奴也没解放，这个宣言只是一张有待兑现的支票。南方奴隶制的彻底崩溃，只是后来北方取得内战胜利的一个副产品。

值得注意的是，就是这样一个保守的文献，林肯总统仍然作了技术处理。为了避免联邦最高法院可能的干预，他非常技巧地以战时军事措施的形式发布解放奴隶宣言。精通法律的林肯总统实际上是钻了一个法律空子，其中的奥秘是，联邦最高法院即使拥有司法审查权这柄尚方宝剑，它也不大可能宣布总统兼美军总司令在战争期间发布的军事措施违宪。

林肯发布解放奴隶宣言后，南方邦联阵脚大乱，但南军仍然拼死抵抗，联邦军队每前进一步都要付出巨大代价，战争又继续打了两年多。为了赢得战争胜利，号称自由正义、为解放黑奴而战的联邦军队攻入南方后，开始实行极为残酷的总体战。联邦军队指挥官谢尔曼（William T. Sherman）宣称："我们不仅攻击敌对军队，也攻击敌对人民，我们要让南方的老人和青年、穷汉和富翁都体验到战争的严酷可怕"，"要让南方未来的几代人不敢诉诸于战争"。[①] 在他的指挥下，联邦军队不仅摧毁农田、桥梁、道路，而且焚烧城镇、农庄、民宅，破坏一切可以破坏的民用目标，在南方杀出了一条令人胆颤心惊的毁灭之路。南方邦联首都、弗吉尼亚州首府里士满（Richmond）以及佐治亚州首府亚特兰大（Atlanta）等繁华一时的南方大城市皆沦为一片焦土。一些历史学家认为，谢尔曼将军的做法开了20世纪战争中"焦土政策"的先河。

南方邦联总统戴维斯（Jefferson Davis）家乡所在的密西西比

---

① James M. McPherson, *Battle Cry of Freedom: The Civil War Era*, New York: Oxford University Press, 1988, p.809.

州，是遭受战火破坏最严重的南方地区。内战之前，该州在全美富裕榜上名列第五。内战期间，该州 60% 的白人青壮年战死疆场，90% 的城镇和种植园化为灰烬，奴隶主丧失了价值数亿美元的 43 万 7 千名奴隶、私有财产损失殆尽。内战后，密西西比州不仅在全美最贫困的州中名列第一，而且这种贫困状况一直持续了一个世纪。[1] 当南方重建（1865—1877）结束，联邦军队全部撤回北方后，南方各州出现了白人种族主义者针对黑人的大规模暴力活动，其中尤以密西西比州最为暴虐凶残，该州被三 K 党徒私刑杀害的黑人数量最多。在战后南方，绝大多数获得自由的黑人处于"除了自由便一无所有"（nothing but freedom）的困境，经济贫困、政治无权、文化落后的状况并无根本改善。南方白人继续用内战之前为奴隶制辩护的那些歪理，为施行种族隔离制度辩护。1896 年，在著名的普莱西诉弗格森案（Plessy v. Ferguson, 1896）中，美国最高法院确立了"隔离但平等"原则，承认了南方种族隔离制度的合宪性。为了争取法律上的平等地位，南方黑人继续艰难地斗争了一百多年。

在其名著《未经同意或契约：美洲奴隶制的兴衰》中，福格尔教授谈到，美国通过南北战争解放奴隶的做法，没有尊重奴隶主的私有产权。相比之下，英国议会 1833 年通过《废奴法案》，在西印度洋群岛殖民地解放奴隶时，尊重了私有产权原则，用巨额金钱补偿了奴隶主的损失。那么，美国的暴力废奴方式是否合理呢？福格尔认为，如果南方如愿以偿地脱离联邦，建立以奴隶制为基础的贵族民主邦联，将有可能利用取消关税壁垒后获得的巨额利润，建立世界第一流的海军和强大的陆军，轻而易举地将

---

① 〔美〕尼尔·R·彼尔斯著、中国社会科学院美国研究室编译室译、董乐山校：《美国志》，北京：中国社会科学出版社，1987，下册，第 635—636 页。

其势力范围扩张到古巴等南美国家，逆转英国对巴西施加的废奴压力。这样一来，不仅奴隶要遭受到更长时间的奴役，而且将会使世界各国的废奴运动和欧洲国家人民的民主斗争遭受挫折。反之，南北战争以正义的炮火摧毁奴隶制，战后没有用金钱补偿奴隶主，极大地鼓舞了世界范围内下层民众争取民主权利的斗争。[①] 换言之，从世界历史角度看，美国的废奴方式有其历史正义性和合理性。

在南北战争的隆隆炮声中，1864年10月，87岁高龄的坦尼大法官在任内去世，晚境颇为凄凉。联邦政府行政部门的高级官员对斯科特案判决余怒未消，拒绝出席坦尼的葬礼。实际上，北方共和党人一直盼着坦尼快点儿断气，好把首席大法官的重要位置早点腾出来。1864年12月，林肯任命内阁财政部长、共和党人蔡斯（Salmon P. Chase，1864—1873任职）出任最高法院首席大法官。

南北战争结束后，为了从法律上废除奴隶制，1865年12月，联邦国会和各州批准了宪法第13条修正案。它规定：在合众国内受合众国管辖的任何地方，奴隶制和强制劳役都不得存在。这回修宪者不再使用隐晦词汇，在修正案中清晰明确地使用了“奴隶制”（slavery）这个英文词汇，与当年制宪者在奴隶制问题上模棱两可、含糊不清的遣词用语风格大相径庭。

1868年，为了解决黑人的美国公民身份问题，保障黑人的联邦宪法权利，美国国会和各州批准通过了宪法第14修正案。它规定：所有在合众国出生或归化合众国并受其管辖的人，都是合众国的和他们居住的州的公民。如今美国联邦移民法中关于公民国籍的“出生地”原则，实际上是针对1857年斯科特案对黑

---

① Robert William Fogel, *Without Consent or Contract: The Rise and Fall of American Slavery*, New York: Norton & Company, 1989, pp.413 - 415.

人公民身份不公正裁决的问题而确立的。

第 14 条修正案还规定：任何一州，都不得制订或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律；不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产；州在其管辖范围内，不能拒绝给予任何人以平等的法律保护。这些条款和原则的确立，扩大了联邦政府对公民权利的保护范围，标志着州政府也必须遵守《权利法案》（宪法前十条修正案）这一宪政原则的开始。在此之后，如果州公民认为自己的权利和自由遭受侵犯，便可以按法律程序把官司一直打到联邦最高法院。

这样，经过五年空前惨烈的血腥内战，60 多万白人士兵死亡，无数城镇和种植园化为灰烬，再加上挟胜利余威通过的第 13、第 14 两条宪法修正案，斯科特案裁决终于被彻底推翻。1869 年，蔡斯大法官在得克萨斯州诉怀特案（Texas v. White, 1869）中宣布，联邦宪法的采纳是"为了建立一个更完美的联盟"，根据联邦宪法建立的共和制联邦是"牢不可破的"(indestructible)。[①]

## (六) 历史教训影响深远

斯科特诉桑弗特案，堪称美国最高法院历史上的一场灾难和恶梦。1939 年出任大法官的哈佛法学院教授法兰克福特（Felix Frankfurter, 1939—1962 任职）曾回忆说，当年他和其他大法官心照不宣，"从来不提斯科特案判决这码事，就像那些儿子被绞死的家庭从来不提绳索和绞架一样"。[②] 直到 20 世纪 60 年代后，这

① *Texas v. White*, 74 U.S. 700, 725 (1869).

② Lawson, Don, *Landmark Supreme Court Cases*, Hillside, NJ: Enslow Publishers, 1987, p.20.

种家丑不可外扬的情况才有所改变。如今，当来自全美和世界各地的旅游者参观美国最高法院时，通常是先观看一部长度约10分钟左右的的录像短片，介绍最高法院历史。其中特别提到1857年斯科特案判决的重大失误，自扬家丑，警告世人。

在南北战争之前复杂微妙的局势中，斯科特案判决宣布奴隶制向联邦领地和新州扩张名正言顺，这就为南方奴隶主拒不接受“一国两制”提供了法理基础，导致“一国两制”土崩瓦解。由于北方州对此判决的强烈批评和抵制，极大地损害了联邦司法部门的权威。这样，经过宪政程序虽然得出了结果，但却因荒谬不堪而得不到遵守和执行，经调解又不见效，致使民主制度的功能完全失效。解决矛盾只得诉之其他手段，包括使用武力。换言之，并非世界上的一切矛盾都可以通过宪政程序得到解决。即使被奉为宪政民主典范的美国，当年也不得不为国家统一的重大原则问题杀得血流成河。

斯科特案告诫后人，最高法院大法官并非圣贤，而是有不同政治倾向和利益背景的凡人，他们大多是由历届总统从自己党派挑选出来的。大法官不仅会犯错误，而且由于特殊的地位，其错误所造成的影响往往是致命的。二百多年以来，后人一直对马歇尔大法官1803年马伯里诉麦迪逊案的经典性判决赞不绝口，津津乐道。但历史证明，制度设计和创新并不是万能的，司法审查制度实际上是一柄锋利的双刃宝剑。如果最高法院多数派高瞻远瞩，与时俱进，顺应历史潮流，他们的司法判决通常能起到促进社会进步的作用；反之，如果最高法院多数派老朽昏愦，抱残守缺，逆时代潮流而动，他们的判决有可能引发巨大的政治动乱和社会灾难。

由于斯科特案的沉痛教训，此后一百余年来，美国最高法院在介人重大政治问题时，一直瞻前顾后，谨小慎微，如履薄冰，如临深渊。对于这种“高处不胜寒”的处境，霍姆斯大法官

(Oliver Wendell Holmes, Jr., 1902—1932 任职）曾形象地比喻说，最高法院表面上风平浪静，其实那只是处于风暴眼（storm center）之中的一种暂时的、虚假的平静。[①] 实际上，最高法院的判决稍有闪失，排山倒海般的风暴随时有可能呼啸而来。休斯大法官（Charles Evens Hughes, 1910—1916 任大法官，1930—1941 任首席大法官）任职最高法院之前，于 1907 年在纽约州商会的一次演讲中感慨："我们生活在宪法之下，但这部宪法是什么意思，却是法官们说了算"。[②] 可是，当休斯本人身在其位，体会到"法官们说了算"的巨大责任和沉重压力后，他叫苦不迭："我是多么讨厌写判决书啊！我宁愿出庭辩护，让别人去承担做出司法裁决的责任吧！"[③]

美国最高法院虽然拥有至高无上的司法审查权，但司法部门既无钱又无剑，归根结底，它的权威建立在广大民众对法院公正审判和裁决的信任之上。换句话说，一项司法判决是否能够得到尊重和执行，在相当程度上仍然取决于这一判决本身是否基本公正，取决于政府行政部门以及社会各主要利益集团对司法判决的接受和服从程度，取决于社会和民众是否广泛地相信政府必须依法按照法院的判决行事。如果没有认同和影响整个国家和民族的的基本立国精神，如果没有在长期的宪政运作过程中形成的法治

---

① 霍姆斯大法官原话为："We are very quiet there, but it is the quiet of a storm center, as we all know." 引自 Sheldon M. Novick, ed., *The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Chicago: University of Chicago Press, 1995, Vol.3, p. 505.

② Charles Evens Hughes, *Addresses and Papers of Charles Evens Hughes*, New York and London: G.P. Putnam's Sons, 1908, p.139.

③ Charles Evens Hughes, Letter to Antoinette Carter Hughes, March, 1930. 引自 Merlo J. Pusey, *Charles Evens Hughes*, New York: Macmillan, 1951, vol.2, p.643.

传统以及民众对司法权威的服从，如果没有政府行政部门对法院判决的坚决执行，司法审查制度很可能只是形如虚设。

南北战争之前，美国并不是一个现代意义上统一主权的国家，联邦在某种意义上只是各州之间的契约和自愿组合。应当说，是南北战争和林肯创造了一个新美国，创造了一个统一主权、统一政治制度和统一立国精神的崭新国家，为美国在20世纪成为世界头号强国奠定了基础。内战后通过的宪法第14条修正案，标志着二元联邦主义终结的开始，对美国宪政法治的发展产生了深远的影响，使宪政法治和三权分立与制衡原则在美国社会进一步深入人心，形成了法治得以维系的坚实的宪政文化基础。

20世纪30年代新政时期，由于被称为“九老院”的最高法院屡次否决新政立法，罗斯福总统恼羞成怒，试图以行政权冲击司法权，提出了改组最高法院的计划。但这种激进的改革计划遭到国会参众两院的强烈反对，因为改组最高法院将有可能对宪政法治造成极坏后果，使宪法沦为执法和立法部门任意摆弄的工具。国会两院的坚决反对，使罗斯福在其声望如日中天时遭受重大挫折。在新政生死存亡的重要关头，最高法院中保守的“九老”（the nine old men）吸取斯科特案教训，做出了理性的退让，形成了双赢的折中妥协局面。回顾历史，罗斯福改组最高法院的计划固然有其充足的理由和原因，但这种做法实际上可能会动摇宪政民主和三权分立制度的基石。

20世纪50年代，最高法院在里程碑式的布朗诉教育委员会案（Brown v. Board of Education，1954）裁决南方公立学校中的种族隔离制度违宪，在种族隔离制度的城墙上打开了突破口，极大地促进了黑人民权运动的发展，洗刷了1857年斯科特案错误判决的耻辱。但是，由于大多数南方白人的强烈反对，阿肯色、密西西比、阿拉巴马等南方州拒不服从最高法院判决，坚决维护种

族隔离制度。虽然对最高法院给他“惹事生非”颇为不满，但为了维护宪政法治传统，艾森豪威尔总统冒着有可能触发第二次南北战争的风险，毅然派遣美军最精锐的快速反应部队第101空降师进入南方州强行执法，向全美乃至全世界民众显示了联邦政府为维护宪法和最高法院权威不惜一战的坚强决心，成为展示美国社会和美国政治中宪法至上、有法必依传统的新典范。

1945年，西方自由主义理论大师哈耶克（Friedrick A. von Hayek）赴美巡回演讲，宣传其名著《通向奴役之路》。期间，一件偶然发生的小事使他领略了美国宪政文化的普及和深入程度。在4月12日搭乘出租车时，哈耶克从收音机中听到了罗斯福总统逝世的噩耗，出租车司机表达的哀痛之情使他终生难忘。但更令哈耶克吃惊的是，这位司机在赞扬罗斯福总统的卓越功绩和伟大人格之后，却特地补充道：“但是总统不应干预最高法院，他不应做这件事”。[1]

只有当制度和法规演变、积淀为普通民众的内心信念和社会的行为准则时，宪政法治和司法审查制度才能落到实处。否则，再好的宪法和制度设计，只是写在纸上的空话。

（陈伟）

---

① 引自陈奎德：《哈耶克》第五章：“《自由宪章》和《法律、立法与自由》”。此书电子版源自《思想评论》网站（http://www.sinoliberal.com/hayek/ckdhayekch5.htm）。

# 9. 总统大还是最高法院大?

## ——从梅里曼诉讼案到米利根诉讼案[①]

美国宪法第1条第8款有一个著名的“必要和适当的条款”，它授予代表民意的国会制定政府履行其职责“一切必要的和适当的法律”。这为美国联邦政府扩大权力提供了法律依据。但即便如此，紧接着的第9款立马又对“必要和适当条款”作了限定，规定了一系列国会不能用立法破坏的事宜。其中涉及公民自由的有三项：“不得中止人身保护权的特权，除非发生叛乱或入侵时公共安全要求中止这项特权。不得通过公民权利剥夺法案[②]或追溯既往的法律[③]。”

本文要讨论的是第一项：人身保护权令。它的原文是拉丁文 writ of habeas corpus。habeas corpus，意为“拥有［犯罪嫌疑犯的］身体”。它是英国习惯法中一项重要的个人自由，目的是阻止政府的政策性过失，特别是不经过正常程序就拘留疑犯。在形式

---

① 原文是 *Ex parte Milligan*。*Ex Parte* 为拉丁文，意为“以……名义”。通常是指案件没有通知到被告方，或被告方没有到庭。*Ex parte Milligan* 71 U. S. 2, http: //laws.findlaw.com/US/71/2.html.

② 原文是 bill of attainder，它源于16－17世纪的英国。当时英国议会可以通过法案，而不是司法机关的审判，来判定某人犯有叛国等重罪，剥夺其公民权，有时还会连带惩罚其后代。

③ 原文是 *ex post facto* laws，它是指追溯立法生效前行为的法律。即这种过去的行为虽然根据目前的立法是违法的，但却没有违反当时的法律。因此，不能用事后通过的法律来惩罚过去的行为。

上，它是法院向扣人的权力机构发出的一种命令，要其将所拘留者带到法院，法官将审查拘留的理由是否充分。如果理由不充分，法官有权命令释放疑犯。由于美国宪法的目的是规范和限制政府的权力，以保护人民免受恶政之苦。换句话说，它要防的是治者之恶，而非被治者之恶。因此，宪法的制定者便把它写入宪法，成为美国公民的宪法权利。

但是，即使是神圣的宪法权利，它也可能会受到挑战，而且是来自总统的挑战。美国内战的时候，就出现了这样的情形。

## (一) 严打引发官司　军方无视大法官

美国建国后，奴隶制成为美国人一个头痛的问题。自由的北方和保有奴隶制的南方就奴隶制问题的斗争，可谓是争吵、妥协、再争吵，直至战争。1860 年，主张限制奴隶制的共和党人林肯（Abraham Lincoln）当选为总统。南方感到奴隶制的末日将近，干脆来了个先下手为强，扯旗造反，另立中央，在林肯就职前，先于 1861 年 2 月退出联邦，成立了由南方 7 个州组成的“美利坚联盟”（Confederate States of America，后来又有 4 个州加入)。南方不仅闹独立，而且还开始进攻设在南方的联邦军队要塞，南北战争随之爆发。

当时的林肯总统，受命于危难之际，上任于动乱之时。为维护美国的统一和完整，他处心积虑，尽职尽责。尽管他出身律师，对美国宪法了如指掌，但是为了联邦的统一，1861 年 4 月 27 日，在国会休会期间，林肯愣是不顾宪法的约束，以行政命令的方式，下令暂时中止一些不稳定地区的人身保护权，也就是准许军事人员不服从人身保护权的命令（即法院发出的人身保护权令)，并且扩大了宪法未授与总统的一系列战争权力。

马里兰州就是其中一个暂时中止人身保护权的地区。联邦政

府认定马里兰为不稳定地区，主要有两个考虑：一是它拱卫京畿的特定地理位置。美国首都华盛顿是联邦政府成立后新建立的城市，由南方马里兰和弗吉尼亚两州各划出一部分土地组成。因此，在地理上，它被两州所包围。南方叛乱后，弗吉尼亚脱离了联邦，直接威胁到华盛顿，但好在两地有波托马克河的一河之隔，否则，美国联邦政府可能要迁都了。而马里兰州则从南、北、东三个方向紧挨着华盛顿，马里兰州稳定的话，有助于京畿重地的“保卫”，马里兰州动荡的话，则构成了对首都的“包围”。所以，不论是保卫还是包围，马里兰州都是一个战略要地。

二是马里兰州尽管留在北方，但作为蓄奴州，许多人同情叛乱的南方各州，有些人更是“身在北营心在南”，替南方叛乱分子收集情报，进行颠覆破坏活动。因此，对马里兰州，林肯是不敢不防，暂时中止人身保护权的做法实出无奈。

林肯的行政命令导致了一场针对南方间谍活动的严打运动。战争初期，联邦军队跟南方叛军的作战是屡战屡败，但对付破坏分子却是小菜一碟，遂把吃败仗的怒气，全都撒在了破坏分子身上。有了林肯的命令，联邦军队军官们便可以无所顾忌地“大打出手”。有一位在“严打”中被抓的嫌疑犯叫约翰·梅里曼（John Merryman），此公是马里兰州首府巴尔的摩地区考基斯维尔（Cockeysville）镇上的头面人物，既富有，又有政治影响，是马里兰州农业协会会长，还作过州议会的议员。而他老爸还是首席大法官坦尼的大学同学。但就是这样一个人物，据说暗地里却在组织当地的阴谋叛乱活动，参与破坏当地的铁路桥。

5月25日凌晨，军方夜袭梅里曼的家，把他从被窝中拖走，带回军营。天一亮，他的律师乔治·威廉斯（George Williams）赶紧赶到扣押梅里曼的军营，要求军方出示抓人的法律文件。军营指挥官以国家安全和军事机密为由，拒绝出示任何文件。威廉斯碰了钉子后，原想找联邦地方法院法官寻求公正，转念一想，他

们不仅级别太低，而且近来一直对军方的某些违法的作法不闻不问，装聋作哑。他便直奔华盛顿，径直去找最高法院首席大法官罗杰·坦尼（Roger Brooke Taney，1836－1864年任首席大法官）。

坦尼此时已经84岁，老态龙钟。听完威廉斯对梅里曼案的陈述，坦尼极为震惊。针对威廉斯提出的要他下达一份对梅里曼的“人身保护令状”的要求，也就是下令把嫌疑犯带到普通法庭，由法官审理，陪审团定罪。坦尼思考再三，如果他在华盛顿发出一份要军方答复的令状，负责巴尔的摩地区防务的乔治·凯德瓦尔德（George Cadwalader）少将可能会以不能离开自己防地为由拒绝。为了避免这一情况发生，坦尼不顾年老体衰，立马赶到了巴尔的摩。因为他同时兼任此地的联邦巡回法院法官。5月26日晚，坦尼给凯德瓦尔德将军下达一份人身保护令状，要他在第二天中午11点带着梅里曼，来巴尔的摩的联邦法院法庭见“美国最高法院首席大法官”。

一看这架式，凯德瓦尔德将军一方面赶忙派人向华盛顿陆军总部请示，另一方面派一位李姓上校副官代替自己出庭。这位上校赶到法庭时，已经晚了20分钟。只见他佩剑在身，全副武装，威风凛凛，看上去比首席大法官还牛气。他神情严肃地告诉法庭，将军军务缠身，不能到场，特派他前来解释军方立场。他明确表示，军方已控被告阴谋进行反对政府的武装叛乱，并宣读了凯德瓦尔德将军的严正声明：“在此类案件中，美国总统正式授权他出于公共安全考虑，暂时中止执行人身保护令状。这是一项崇高的信任，他受命根据自己的判断和意愿来执行。不过，他也被告知在内战时期，如果出现失误的话，也是出于国家安全考

虑。"①

最后，凯德瓦尔德将军非常客气地表示，希望坦尼考虑到战时的特殊情况，在他得到总统进一步指示之前，请法院不要再采取任何行动，以免影响军方和法院的相互信任，"增加我们之间的尴尬"。凯德瓦尔德将军的这番解释，可谓绵里藏针。与大多数行伍出身的将军不同，凯德瓦尔德将军从军前是位执业律师，他还有位兄弟在费城联邦地区法院当法官。因此，他对法律相当熟悉。尽管他对逮捕梅里曼的合法性也有所怀疑，但战争时期，他也就管不了那么多了，同时也希望坦尼大法官不要太叫真。

但威廉斯和坦尼偏偏要与军方过不去，根本不理睬军方的解释，径直向军方要人。他们问梅里曼人在哪里，是否带来。上校说除了刚才的声明外，他没有得到其他指示，说完便昂头挺胸，正步走出法庭。坦尼作了20多年的首席大法官，从未受过这样的蔑视。他实在是咽不下这口恶气，当即发出另一份传票，指控凯德瓦尔德将军蔑视法庭，要其在"第二天12点来见我"。实际上，坦尼对军方的配合并没有多少信心，甚至有一种泥菩萨过河自身难保之虞。他在第二天（28日）离开女婿家前往法院时，告诉家人，他本人也可能被军方拘留，要他们作好思想准备。

28日法庭一开门，事先得知消息的当地群众一拥而入，把法庭挤得水泄不通，连门外的街上都拥挤了2,000多凑热闹的民众。他们希望能看到军方（实际上也是军方背后的林肯总统）和法院之间这场精彩的大比拼。但令他们大失所望的是，凯德瓦尔德将军根本就没有露面，因为他已经得到陆军部的回话，上司称："你可以扣押所有可能涉嫌叛乱活动的人"。有了这一指示，

① Paul A. Freund, ed., *The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States*, Vol. V, Carl B. Swisher, *The Taney Period, 1836 - 64*, NY: Macmillan, 1971, p.846.

他干脆叫哨兵把负责送信的联邦法院执法官（Marshal）拒之门外。[①]

坦尼再次震怒。他告诉听众，并要求法庭书记员把他的话记录在案："1. 在美国宪法和联邦法律之下，总统不能暂停人身保护权，也不能授权任何军官这样作。2. 一个军官无权逮捕和拘留不属于战争法规管辖的人，即使这个人违反了美国的法律。"如果军官这样作了，他必须服从法庭的权威。如果凯德瓦尔德不是一个将军，坦尼声称，他可以命令法警去抓他。但凯德瓦尔德重兵在握，这一作法显然是不现实的。坦尼宣布，他现在只能写一个意见书，送交美国总统，请他履行其宪法责任，强制实行法庭程序。[②]

在就梅里曼案为巡回法院写的这个意见书中，坦尼明确表示，"一个军官以莫须有的罪名逮捕了马里兰州的一位公民，且无证据。"因此，逮捕梅里曼的行为是对公民自由"武断和非法的践踏"。不仅如此，军方还无视法庭发出的人身保护令状，并宣称其行动是总统的授权。"我对此当然万分惊讶，因为我曾认定几乎所有人都同意一项基本的宪法权利——人身保护权是不能被搁置的，除非国会通过法律。"

接着，他毫不客气地指出，如果军方没有越权，那么，"是总统行使了一种宪法没有赋予的权力"。为了强调人身保护权的重要性，他引经据典，指出就连专制的英国国王也无权中止这一权利。如果军方以任何借口，篡夺宪法赋予司法部门的权力，那么，"美国人民将不再生活在一个法治政府（government of laws）

---

① David M. Silver, *Lincoln's Supreme Court*, Chicago: University of Illinois Press, 1998 (reissue), p. 29.

② Carl B. Swisher, *The Taney Period, 1836 – 64*, NY: Macmillan, 1971, p.848.

之下，他们的生命、自由和财产将可能由军人来任意处置。”最后，他提醒总统不要忘记他就任总统时的誓词：“我一定竭尽全力维护、保护和捍卫美国宪法”。写好后，他吩咐书记员将抄件送给林肯总统过目。[①]

对自己挑战战时总统权威的可能后果，坦尼作好了最坏的准备。尽管军方没有拘捕他，但坦尼“包庇”南方叛乱分子的作法已在社会上引来了一片杀声，一些舆论甚至批评他骨子里是个叛乱分子。对坦尼的情绪化的攻击完全压倒了一些冷静的分析。这也难怪，因受1857年斯科特案[②]的影响，联邦最高法院的声誉和权威可以说降到了历史最低点，最高法院已处于半瘫痪状态，坦尼首席大法官更受到北方公开的蔑视，威信扫地。对坦尼的意见书，林肯不屑一顾，没有直接答复。而是在7月4日给国会特别会议的咨文中，向全国公开了他对坦尼挑战的回应：

“我曾认为有责任授权指挥官在适当情况下，可根据他个人的判断暂停人身保护权；换句话说，不必采取正当的法律程序和形式，即可逮捕并拘留他认为危及公共安全的人。……如果除了一项法律外，其余的法律都变得无法执行，而且政府也四分五裂的时候，难道就不能违反这一法律吗？……这个案子已判定是一起叛乱案”。林肯甚至表示，宪法并没有明确规定只有国会才有权暂停人身保护权的执行，同样，美国的建国之父也无意规定，在紧急状态下，当国会休会时，总统不能为了保护公众安全而暂

---

① Carl B. Swisher, pp.848 – 850; David M. Silver, p. 30.

② 此案不仅宣布黑人不是美国公民，而且裁定联邦国会无权在联邦领土上禁止实行奴隶制，实际上为奴隶制在全美国的发展铺平了道路。这一判决受到了南方以外美国其他所有地区的反对，激化了美国南北矛盾，加速了内战的到来。参见本书第8章。

停人身保护权。[①] 他还指出："过去太平时期的教条无法适应今天的暴风雨。局势艰难，我们应运而起。我们面临全新的问题，因此，我们必须有新思想，有新行动。我们必须解放自己，这样我们才能拯救我们的国家"。[②]

林肯的这一态度固然与当时国家紧急状态有关，但同时也是因为他一向对坦尼有意见的结果。在他看来，正是这个坦尼在斯科特案件上的判决，最终使奴隶制问题一发不可收拾，酿成内战。

林肯请求国会支持他不得不采取的紧急措施，同意他暂停人身保护权。国会一片哗然，争论不休。经过几番激烈的辩论，1861 年 7 月，国会通过一项法律，授权总统可在战时暂停人身保护权，但有一项限制条件：军方可以逮捕和扣留危害国家安全的疑犯，但不得加以军法审判，并要将逮捕的平民名单和案情告知普通法庭。如果当地普通法庭的大陪审团拒绝起诉疑犯，疑犯便可要求地方法官命令军方将自己交给普通法庭听证并释放。

虽然林肯最终得到国会的支持，暂停了人身保护权，但是，坦尼所坚持的平民疑犯必须由普通法庭审理的原则也获得国会的支持。可以说，双方的这番斗争互有胜负。但梅里曼的命运却没有立即改观，直到一年后，联邦政府宣布巴尔的摩地区不再是危险地区，军方才把他转交给普通法庭，结果由"铁杆联邦派"(all unconditional Union men) 组成的大陪审团判定罪名成立，不过他仍得以在缴纳 4 万美元后保释出狱。但是，军方对平民的司法管辖这一棘手问题，在内战期间一直没有得到彻底解决。

① David M. Silver, p. 31.

② 吴耘编注：《美国法治面面观》，北京大学出版社，2002，第 186 页。

## 二、争论再起　米利根逃脱死罪

内战初期，坦尼和好几位老法官都来自南方，难免有亲南方之嫌。面对内战过程中日益增多的违反公众自由的案例，他们或者熟视无睹，或者无能为力。据统计，内战期间，有1万3千多人被军事当局逮捕和监禁，失去了人身保护的宪法权利。1864年，坦尼在郁闷中去世，出殡时，华盛顿竟然没有一位政坛要人为之送行。林肯任命他的财政部长索罗门·蔡斯（Salmon Chase，1864－1873年任职）为首席大法官。在此之前，已有一些老法官知趣退休，使林肯得以任命了4名北方的铁杆支持者担任大法官。蔡斯是位长期反对奴隶制的坚强斗士，有“激进分子”之称。但在内战后米利根诉讼案（Ex parte Milligan）上，他的立场却和他的前任非常接近。用一位研究者的话说，“战争结束，最高法院开始说话，并且用一个声音说话：林肯任命的大法官和以前的大法官没有区别”。[①]

米利根案发生在战争快要结束的时候。1864年9月，驻扎在美国西部印第安纳州的联邦军队，奉指挥官哈维将军（Acvin Hovey）之命，逮捕了米利根（Lambdin Milligan）等3位平民，控告他们成立叛乱组织美国骑士团（the Order of American Knights），勾结南部叛军，阴谋夺取联邦军队的军火库，攻占关押南方军人的战俘营。因为不相信地方法院陪审团的可靠性，军方干脆将他们交由军法处（Military Commission）审判。经过三个月的审理，军事法庭认定罪名成立，判处绞刑。

米利根并不是无名之辈，他是当地有名的民主党人，曾经参加过1864年民主党党内州长候选人提名的竞争。而为他辩护的

---

① David M. Silver, p.227－228.

著名律师麦克唐纳（Joseph McDonald）恰好是那位打败他而赢得民主党提名的州长候选人。但此时，麦克唐纳却竭尽全力拯救昔日党内对手的生命。麦克唐纳曾经担任过州检察长和国会众议院议员，在当地和华盛顿都小有名气，与林肯也有一面之交。在无奈之中，1865年春，麦克唐纳跑到华盛顿，愣是在一个大清早，设法见到了林肯总统，请求林肯刀下留人。作过律师的林肯，深知法律的严肃，岂能因旧谊徇私枉法？但是，他看过有关材料之后，也发现若干错误。林肯让麦克唐纳把材料带回去更正，然后再给他看。林肯暗示，到那时战争就可能结束，他会采取大赦行动。

但林肯不久就（4月4日）遇刺身亡，由副总统约翰逊总统（Andrew Johnson，1865－1869年任职）继任。出于对叛乱和阴谋分子的愤怒，约翰逊在5月2日批准对米利根的死刑决定。军方据此把米利根的刑期定在5月19日。当刑期临近，律师一筹莫展之际，联邦巡回法院5月份正好在印第安纳开庭，麦克唐纳遂在10日请求巡回法院给米利根以人身保护令状，向军法处要求提审米利根，因为军法对平民没有司法管辖权。而兼任这个巡回法院法官的是最高法院大法官戴维·戴维斯（David Davis，1862－1877年任职），他和另一位联邦地方法院法官的商量结果是，人命关天，非同一般，不能冒然行事，决定立即给约翰逊总统写信，要求改变死刑决定。他们在信中表示，他们毫不怀疑这些罪犯有罪，而且也认为军法审判有威慑作用。但是，现在审判威慑目的已经实现，战争结局已经明朗，因此，应该考虑执行死刑是否明智。特别是，一些受人尊敬的律师一直怀疑军法管辖平民的合法性，而且尚未出现过受军法审判的平民被处死的案子。因此，从法律的角度，最好应该由最高法院对该案进行复审。

在信的结尾，他们声情并茂地写到：“合众国的土地不应该出现会令人今后遗憾的错误，正是从这一真诚的动机出发，我们

感到，作为你的朋友、司法官员和公民，我们有责任以我们全部善良的信念来向您呈上这些拙见”。[①] 与此同时，当时积极主张对米利根等人军法从事的印第安纳州州长莫顿（Oliver Morton）也发表公开信，抗议死刑判决，请求总统刀下留人。[②] 约翰逊总统被说服了，5月30日他下令免除米利根等三人死刑，改为终身苦役。

## 三、战争结束 米利根平反昭雪

虽然米利根已免于一死，但麦克唐纳仍不满足，因为他现在的目标是使米利根无罪释放！为准备1866年3月最高法院对米利根案的开庭，他召集了另外五位律师，其中一位是年轻的律师，未来的美国总统詹姆斯·加菲尔德（James Garfield）。他初出茅庐，第一次上最高法院打官司，劲头十足。另一位是著名老律师布莱克（Jeremiah Black）。这六位铆足了劲，决心把这一涉及宪法基本权利的案子翻过来。他们的辩护战略不是争论米利根是否有罪，而把重点放在程序上：军方是否有权在非作战地区停止人身保护权，逮捕平民并加以军法审判。

法院的辩论从1866年3月5日一直持续到13日。布莱克首先上场，他发自内心的声音令听众肃然起敬。他指出，即使米利根是个十恶不赦的罪犯，他的人身自由仍是神圣不可侵犯的，拥

---

① Paul A. Freund, ed., *The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States*, Vol. VI, Charles Fairman, *Reconstruction and Reunion, 1864－88*, Part One, NY: Macmillan, 1971, pp.198－199.

② 莫顿的求情主要是不愿承担责任。他后来解释说：“我感到，如果他们被处决，就会有人说我本来是可以救他们一命的。这样，就好象是我让这些人难逃活命，所以我请求总统放他们一条生路。” David Silver, p.229.

有一个公民应有的公平审判的宪法权利。军方决不能独立于、进而高于民政当局。他们逮捕平民时，应依法将被捕的平民名单交给普通法院，以便由法院组织大陪审团进行公开和公平的审判。而军方对米利根案的处理，显然违反了这一原则，没有对米利根进行公平的审判。

代表政府方面出庭的是检察长斯比德（James Speed）及其两位助手。他们一再强调战时的特殊性。对此，加菲尔德反驳说，军方在逮捕米利根时，不但印第安纳州不是战场，就连邻近的各州也没有武装的敌人。再退一步讲，南方的叛乱在5月19日基本停止，而军方仍根据林肯战时颁布的戒严令（1862年9月24日）决定在19日执行绞刑，缺少法律根据。律师们还进一步举出英美法治史上的例证，说明林肯停止人身保护权的作法缺少法理基础。相对于辩方律师的雄辩，政府方面的说辞就显得软弱无力了，他们只能强调军法处的权力来自林肯总统1862年9月的戒严令，因此它的判决应该由军事当局复审。

三个星期后，最高法院公布了它的判决决定。尽管当时的9个大法官中，有5位是林肯任命的，但是他们却和其他4位法官一致投票判定，军方对米利根没有司法管辖权，米利根及其同伙必须释放。[1] 从本质上讲，米利根案和梅里曼案大同小异，结果却截然相反，主要是因为时机不同。在内战初期，联邦军队一败再败，军心大乱，必然会倾向以军法严惩叛乱分子。而米利根案判决时，内战已大体结束，此时此刻，在涉及军方对平民的司法

---

① 4月10日，米利根从军队监狱释放后，旋即又被当地政府抓获，交保获释。但法院拒绝进一步审理此案。1868年，大劫之后的米利根反咬一口，控告军方加害于他，要求过失赔偿。1871年法院审理此案，陪审团并不同情米利根，但又觉得这类案子应该得到补偿，遂裁定米利根得到具有象征意义的赔偿5美元。

管辖权问题上，大法官们很自然会倾向于和平年代的法治和秩序。

值得注意的是，虽然大法官们一致作出决定，但是对这一决定的法理基础却存在尖锐分歧。为了大家有充分时间撰写意见书，判决书推迟到12月7日才公布。因为戴维斯大法官从一开始就接手这个案子，便由他来起草判决书。他对宪法神圣性的表述成为历史的名言："美国宪法是统治者和民众共同要遵守的法律，不论平时还是战时，都是如此。在所有的时候，在所有的情况下，所有的人都受到宪法保护之盾的庇护。"[1] 因此，在普通法院存在的情况下，对平民的军法审判违反了宪法所规定的由大陪审团定罪和公开审判的原则。尽管审判米利根的军事法庭是由行政当局合法建立的，但是总统或国会并没有授权它在普通法庭仍正常工作情况下审判平民。他们的立场很明确，不论是总统还是国会，在任何情况下都无权中止人身保护权。

虽然蔡斯和其他三位法官同意，总统无权中止人身保护权，但他们却认为在特定的情况下国会有权这样作，也没有违反宪法。在附加意见中，蔡斯指出，《1863年的人身保护权法》（the Habeas Corpus Act of 1863）旨在保证平民在普通法庭受审，但是，根据战时权力，国会能够通过为进行战争所需的立法。如果国会认为普通法庭不能够惩罚叛国罪，它可以授权军方审判罪犯。蔡斯等共和党大法官的这一立场，主要跟当时美国内战后在南方的重建有关。因为当时联邦军队对南方叛乱地区实施军事占领。为维持社会治安，保护刚刚解放的黑人免遭过去奴隶主的报复，军方被授予了很大的权力。而有关米利根的判决，在一定程度上限制了军事当局的权力。此后，南方反对黑人的暴力活动有所抬头，为此，大多数共和党人相信军事法庭为保障黑人安全所需。

---

① *Ex parte Milligan*，71 U. S. 2，120－121（1867）.

当保守的约翰逊总统以米利根案为借口削弱军事当局在南方的权力时，很多共和党人纷纷批评最高法院的决定。他们特别担心，最高法院会宣布《1867年重建法》(the Reconstruction Act of 1867)违宪，因为它授权军方可以在过去的叛乱州内审判平民。

## 四、非常时期 权法较量在所难免

可以想象，在内战硝烟刚刚散去，北方数十万将士尸骨未寒的情况下，米利根案的判决可谓是冒天下之大不韪。它引发的北方舆论对最高法院的抨击，毫不亚于斯科特案所引发的批评浪潮。在许多共和党控制的报纸看来，最高法院决定简直就是“庇护卖国”。[①]

最高法院的大法官们并非不知道他们这样做的舆论后果，但他们更清楚自己的神圣职责所在。人身保护权（令）可以说是美国公民不可剥夺的权利，而且是白纸黑字，明白无误地写入宪法文本的。因此，在战争结束后，大法官们很难再像战争期间那样，对于军方侵害公众权利的行为，睁一只眼闭一只眼。

如果军方在米利根案中违法，那么，它在梅里曼案中的所作所为也同样占不住脚。很明显，坦尼在梅里曼案中对林肯行政命令的质疑是有其宪法基础的，但是，战争期间毕竟不同于和平时期，权大于法是不争事实。因此，有人评论说，“坦尼大法官1861年对‘法治政府’的呼吁成为空谷足音，仅仅是因为生不逢时”。[②]

这场大法官与总统之间的司法大战，证明了美国立宪先贤汉密尔顿的一句名言，最高法院既无钱又无剑，是三权中最弱的一

① 可参见 Charles Fairman, pp.214－222.

② David Silver, p. 234.

方。虽然马歇尔在马伯里案中确立了司法审查权，最高法院可以宣布总统的行政命令或国会立法违宪，但如果行政当局拒绝执法，最高法院就会非常尴尬，连军营门口一个站岗的大头兵都指挥不动，更别说总统了。最高法院若强行下令执法，只会自取其辱。这个案例中严酷的现实会让那些崇尚法治至上和程序正义的人们倍感痛苦。所谓司法独立、司法权威，即使在美国，有时也难以始终如一。显然，在战时或紧急状态下，政府和军方无视法律和司法程序的现象虽情有可原，但却与法不容。因此，如何处理这类案中涉及的法律问题，实际上是一个永久的宪政难题。为此，一位美国著名历史学家曾感慨道："在整个战争期间，林肯行使了比其后富兰克林·罗斯福以外任何一位总统都更大的权力；其权限比克伦威尔和丘吉尔之间任何一个说英语的统治者范围更广。如果说林肯是柏拉图所梦寐以求的理想中的专制寡头，那么，从美国的宪政角度来看，他实为一个独裁者。"①

从政治上讲，为了战争胜利，军方对潜在的叛乱分子军法从事有其合理性。一旦国家处于战争状态，包括言论自由、正当法律程序在内的公众宪法权利必然会受到限制，对涉嫌间谍罪、叛乱罪案犯的军法审判可能因一时无法核实证据，只好先关起来再说，否则危害会更大。过分强调个人自由和权利，有可能对国家安全造成极大损害。以律师出身的背景，林肯对此当然心如明镜，他曾经对来求情的米利根律师讲："我不会杀他们，但是我要他们蹲一阵子大牢，免得他们来推翻政府"。看来，内战中的违法现象印证了古罗马政治家西塞罗（Cicero）的那句名言：

① Samuel Eliot Morison, Henry Steele Commager and William E. Leuchtenburg, *The Growth of the American Republic*, New York: Oxford University Press, 1980, p.673.

“战乱之时，法律失语”。[①] 戴维斯在意见书中也承认：“在可恶的［南方］叛乱后期，当时的气候不允许冷静的思考和讨论，而这恰恰是对一个单纯司法问题作出正确结论的必要条件。”[②]

从长远来看，米利根案在美国宪政史上意义深远。从此以后，不论是两次世界大战期间，还是美国60年代社会骚乱时期，美国本土没有人再敢尝试停止人身保护权的做法。美国本土以外的夏威夷是个例外。第二次世界大战期间，还是美国领地的夏威夷在日本袭击珍珠港后，根据1900年国会为它制定的《夏威夷组织法》宣布军事戒严，停止了人身保护权。这一军管状态直到1944年10月才结束。

美国本土虽然没有停止人身保护权，但在加利福尼亚州却出现了美国历史上最严重的一起破坏公众自由的事件。根据罗斯福总统1942年的一项行政命令，加利福尼亚州把11.2万日裔美国人（其中7万是美国公民）从西海岸强迫迁移到犹他、怀俄明等内陆州的集中营。为此，其中的一位美籍日本人是松（Korematsu）曾经把美国政府告到最高法院。1944年12月18日，最高法院以6比3裁定，将日本人强制性迁移到集中营，虽与美国的基本原则不符，但出于军事需要，可以作为战时临时措施的一部分。它辩称说，拘留行为不是种族歧视，拘留营（relocation centers）也不是集中营（concentration center）。但持异议的法官则认为这是对公民宪法权利的“明显侵犯”。这一严重破坏公众自由的案件直到40年后（1983年）才平反改正，是松和其他的幸存者每人得到了2万美元的赔偿。1998年，已经老态龙钟的是松，从美国克林顿总统那里获得了美国平民所能得到的最高勋章

① “The law is silent in wartime”, Peter Irons, *A People's History of the Supreme Court*, NY: Penguin Books, 2000, p. vi.

② David Silver, p.233.

——总统自由奖章（Presidential Medal of Freedom）。克林顿赞扬说："是松值得我们尊重感谢，因为他不懈地追求我们所珍视的公众自由"。[1]

在"9.11"事件后，美国的公众自由面临着新的考验。2001年9月11日恐怖主义袭击了纽约世界贸易中心和华盛顿五角大楼。作为反击，美国在世界范围开始进行一场反恐怖主义战争，并在国内采取了一些限制公众自由、特别是外国人个人权利的作法。11月13日布什颁布了建立特别军事法庭来审判非美国籍恐怖分子的行政命令，允许军方对他们进行秘密审讯，严重者可以处以死刑，且不得上诉。这一特别军事法庭（Military Tribunal），不是审理军人案件的一般军事法庭，而是内战期间林肯下令中止人身保护权所设立的军事法庭的翻版。此外，惟一可以援引的先例是二战期间中的一个例子。当时（1942年），纳粹德国用潜艇将八个间谍送上美国东海岸，任务是实施破坏，制造混乱。他们被捕后，罗斯福总统下令成立特别军事法庭，剥夺他们的人身保护权。经秘密审判，其中的六个间谍被判处死刑。

布什政府也以反恐战争为由，设立这类军事法庭，准备审判关押在美军位于古巴关塔那摩军事基地的恐怖分子。这些人现在是武大郎玩单杠，两头不着地。既不能享受平民的人身保护权和由陪审团定罪的权利，也不能享受军人作为战俘的国际法保护。由于国内外舆论对布什政府的做法颇有微辞，因此，在2002年1月正式公布军事法庭审判条例时，美国国防部修正了原来比较僵硬的考虑。比如，在7位军法官组成的法庭之上，设立了一个由3位军法官组成的类似上诉法院的委员会。还有，4位军法官同意就可以对恐怖主义分子定罪，但处以极刑则要7位军法官一致

[1] Mauro, Tony. *Illustrated Great Decisions of the Supreme Court*. Washington, D.C.: CQ Press, 2000, p. 89.

同意。被定罪者可以向 3 人委员会上诉，后者的决定将是最终决定。

由于“9.11 事件”的切肤之痛，设立特别军事法庭之目的，是以非常规手段审判那些其母国不愿审理的外国人。而像美国籍的塔利班成员约翰·林德，则仍由普通法院审理，故美国国内对这一做法异议者不多。一些民权人士虽然不满，但除了发发牢骚，提提警告，也无可奈何。[①] 也有民权人士为这些俘虏抱不平，告到加利福尼亚州的联邦地区法院。但法院以原告权利并没有受到直接损害，因而无诉讼资格为由，加以驳回。

（任东来）

---

① 参见丁林：《醒来方知是险境》，《世纪中国》(http://www.cc.org.cn/)，上网日期 2001 年 12 月 4 日。

# 10. 从受害者到胜利者：华人官司对美国法律的贡献

## ——益和诉霍普金斯案（1886）[①]

1861－1865年，很大程度上是因为奴隶制问题，美国北方的自由州和南方的蓄奴州打了一场南北战争。战后，美国通过了3项宪法修正案，来保证战争的胜利成果。1865年生效的第13项修正案废除了奴隶制；1868年生效的第14项修正案保证个人的自由和权利不受各州的干预；1870年的第15项修正案则给予美国黑人以选举权。其中第14项修正案，在美国历史上激起了无数的法律诉讼。它的一项重要内容便是各州"在其管辖范围内，不得拒绝给予任何人以法律的平等保护"。这就是通常所称的"平等保护条款"（Equal Protection Clause）。虽然它的初衷是保护自由了的黑人免于各州的歧视，但这一普遍的规定也使其他族裔集团能够利用宪法来保护自己。

不过，在这一修正案通过后的很多年里，最高法院非常狭隘地解释这一"平等保护条款"，结果，各州和其他地方政府在其管辖范围内，仍拥有相当的权力来侵害人民的自由和权利。但在1886年益和诉霍普金斯一案中，最高法院的裁决却是一个重要的例外。它认定加利福尼亚州旧金山市的两项市政条例违反了平

---

① *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U. S. 356（1886），http://laws.findlaw.com/US/118/356.html.

等保护条款。这一判决改变了法院对该条款的传统解释，成为一个有历史意义的先例而被后来的法官一再引用。提出和打赢这一案件的主人公不是美国公民，而是一位被美国一些白人打压和欺压的华人洗衣店老板益和。[①] 这一案件成为美国法学院教学的经典案例，他的名字为所有学习和研究美国宪法的学者和学生所熟知。

## 一、加利福尼亚的排华潮

中国人开始向加利福尼亚移民不久，加州就出台了一些不利于华人移居加州的措施。1852 年，也就是第一批华人来到加州的第三年，加州议会便通过了一项歧视性的税法，主要目标是针对华人淘金矿工。很明显，这一法律是出于对华人的偏见，有关立法报告把那时的华人描绘为“怪异的和下等的种族”，“无信义可言”。[②]

一些白人矿工也开始攻击华人，一些华工被杀，他们的营地被焚烧。1854 年，加州最高法院甚至裁定，华人无权出庭作不利于白人的证词。[③] 这一决定导致进一步的排华暴行，因为那些暴徒知道他们不大可能会因为他们的罪行而遭到惩罚。最后，旧

---

① Yick Wo 译成益和是根据作者提供的一份中英文对照材料。旧金山的一个小学为纪念这一有历史意义的判决，以益和命名。但这一名字似乎是一个商号（洗衣店），而非店主的名字。美国起诉人可能把商号的名字当作了店主的名字。不过，这很正常，因为中国人经商有一个传统，人们常常用商号名字来称呼店主，久而久之，反而忘了老板的真正姓名。作者也同意了译者的这一猜测。（译者注）。

② Assembly Committee on Mines and Mining Interests, *Report*, Cal. Assembly, 7th Session, Appendix to the Journal of the Assembly (1856), p. 13.

③ *People v. Hall*, 4 California Reports 399 (1854).

金山也加入到到这一排华的运动中，在 1870 年代和 1880 年代通过了一系列旨在限制华人洗衣店的法律，当时在旧金山大约有 240 家华人洗衣店。由于华人的刻苦耐劳，这些洗衣店日益成为在美国的中国人经商才能和经济成功的象征，同时似乎也向加州的其他人证明，华人决不仅仅是暂时的寄居者，而是像其他民族的移民一样，有意在美国永久定居。

由于华人洗衣店的存在威胁到白人拥有的洗衣店，同时它们又分散在白人居住的地区内，这样，它们很自然也很容易地成了攻击的目标。地方的报纸不断鼓噪，要求用法律来取缔华人洗衣店。商界的头面人物也积极响应这种无理但对他们有利的要求。1877 年 7 月，连着三个晚上，一伙暴徒在旧金山的居民区洗劫了华人洗衣店，他们砸玻璃，毁设备，抢东西，所到之处，遍地狼藉。面对这些明目张胆的破坏，旧金山的市政当局（the board of supervisors）反而通过一系列精心设计的法律，企图把华人洗衣店从市内赶走。

1873 到 1884 年间，它们通过了 14 项被称为“洗衣店条例”（laundry ordinances）的法律，其动机就是排斥华人。立法机关清楚地知道社会上敌视华人企业的鼓噪，它同时也明白，除非它所通过的法律看上去不偏不倚，否则就会违背《1870 年民权法》（the Civil Rights Act of 1870），很可能还会与宪法第 14 条修正案“平等保护条款”相冲突。如果有关条例专门把华人作为目标，法院无疑会宣布它们无效。因此，这些立法者设计了一种精细和复杂的许可证制度，并赋予执法官员基本上是任意处置的权力，来管理洗衣店业务。

其中导致益和控告霍普金斯的法律就很有代表性。1880 年 5 月 26 日通过的第 1569 号条例和 1880 年 7 月 28 日通过的第 1587 号条例规定，任何在市内的木制建筑中开办、维护和经营洗衣店的人都必须从市政当局获得营业执照。旧金山 320 家洗衣店中大

概有 310 家开在木制建筑中，因此绝大多数店主都受到这两项条例的约束。拒不服从者将被罚款1,000 美元，或者最长不超过 6 个月的监禁，或者两项并罚。问题是，没有一个条例规定了给予和拒绝营业执照的标准，这就给市政当局任意的裁断权，使它可以随心所欲地接受或拒绝有关申请。结果，所有被认定为华人的洗衣店老板的申请均被拒之门外，而所有的白人申请者皆一路绿灯，拿到执照。

## 二、华人的抗争

面对市政当局的敌意，华人并没有退缩。华人洗衣店主意识到团结合作的重要性，他们组织在一起，成立了一个强有力的自卫性的行业协会"同心堂"（the Tung Hing Tong），来抵制明显不公正的法律行为。这个行业协会号召其会员拒不服从歧视性的法律，出资设立法律基金来支付打官司所需的律师费和其他在法院挑战这些法律所需要的费用。同时，它还协调成员间的关系，规定统一价格，划分各自经营的地盘。最重要的是，它下决心告到法院，挑战市政当局立法的正确性。

益和成为挑战 1569 和 1587 号条例的最佳原告人选。因为他在同一个地方经营洗衣店已经 22 年了，期间他的所有经营行为都符合各种各样的卫生和安全规定。事实上，他从消防部门拿到的合格证称，洗衣房的结构和地基都通过了检查，"具备经营洗衣店的一切条件"。公共卫生部门的合格证表明，洗衣房达到了所有必要的卫生标准，也没有影响邻里的环境卫生。但是，市政当局却在新的洗衣店条例下拒绝了他的营业许可申请。在同心堂的鼓励下，益和与其他 150 家和他有同样遭遇的华人洗衣店主一起，决定无视条例和市政当局的歧视行为，照常经营他们的洗衣店。不久，他们全部被捕，一场官司于是开始。

益和控告逮捕他的警长（sheriff）霍普金斯，直接将官司诉诸于加州最高法院，请求法院下达人身保护令状，使之获得自由，矫正旧金山市政当局的错误做法。同心堂特地为益和请了旧金山著名的律师麦卡利斯特（Hall McAllister）为他出庭辩护。作为一位出色的辩护律师，麦卡利斯特可以说是19世纪美国最了不起的法庭律师之一，事业相当兴盛。而华人一向有聘请一流律师代表他们的习惯和名声，因此，华人聘请他也就不足为奇了。

益和指控洗衣店条例违反了加利福尼亚州宪法、美国联邦宪法和1880年中美条约。但是，加州最高法院拒绝了这些指控。[①]与此同时，另一个中国洗衣店店主和利（Wo Lee），把同样的官司打到了加州地区美国联邦巡回法院。尽管他的权益要求也被打回了头，但是法院裁决书中的有关内容给华人带来了一线希望。该巡回法院对那些很成问题的洗衣店条例表示了强烈的保留意见。考虑到这些条例的歧视性后果，法院担心这些条例实施结果将是把华人的洗衣店"赶走"，并"给予那些主要由白人资本建立和经营的大企业以垄断地位"。它还对洗衣店条例的执行感到不安，因为它给予了市政当局无限制的裁量权。[②]

益和与和利遂分别向美国联邦最高法院提出上诉。因为两个案子内容几乎完全一致，最高法院便一并审理，并把它的审理重点放在一个至关重要的问题上：申诉者是否被剥夺了美国宪法或美国联邦法律给予的权利？

---

① *In the Matter of Yick Wo*, 68 California Reports 294 (1885).

② *In re Wo Lee*, 11 Sawyer's Reports (United States Court Reports, 9th Cir.) 429 (1886).

## 三、最高法院主持公道

在最高法院具有历史意义的判决中，大法官斯坦利·马修斯（Stanley Mathews）代表法院宣布了一致同意的判决：裁定两位申诉者的权利被侵害了，下令立即予以释放。为作出这个决定，法院首先肯定了联邦巡回法院先前在郭湖安诉美国（Ho Ah Kow v. Nunan）① 中确立的原则：第 14 条修正案的平等保护适用于美国公民，同样也适用于非公民。在明确了华人洗衣店店主虽非美国公民但仍受宪法保护之后，法院审查了市政条例以确定其是否符合宪法。法院对条例赋予市政当局广泛的裁量权深感震惊。它发现这两个条例规定了“［对申请人的申请］批准与否的赤裸裸和专断的权力”。更为重要的是，虽然条例看上去中立，但在其执行的方式却使这种中立大打折扣。法院宣称，在条例执行中，它们是专门针对一个特定的人群（也就是说，中国人），这实际上否定了对华人的法律的平等保护。最后，法院指出，“尽管条例本身是公正的，表面上也不偏不倚，但是，如果公权部门带着恶意的眼光并以不平等的方式执行和应用它们的话……，那么，对平等的公正（equal justice）的否定仍然为宪法所禁止”。②

正是这一立场——表面公正的法律，但却不公正地加以运用也违反宪法的平等保护条款，使本案开创了一个先例。像联邦巡回法院在郭湖安诉美国所作的那样，最高法院现在明确表示，法院可以超越法律的表象，从宪法的角度来评价它；在这样作时，它把这一原则又向前推进了一步，赋予了平等保护条款以新的解

① *Ho Ah Kow v. Nunan*, 5 Sawyer's Reports (United States Court Reports, 9th Cir.) 552 (1879).

② *Yick Wo v. Hopkins*, at 356 – 74.

释：法院能够考察一项法律是如何执行的，进而决定它是否符合宪法的标准。

在1950年代和60年代民权运动中，益和案受到了广泛的注意。当时很多美国少数族裔团体，包括非洲裔和亚裔挑战一些州的种族歧视法律和政策，诸如否认他们的投票权、对学校和居住区进行种族隔离、以及禁止种族通婚等。

这些案件都强调一点，各州的歧视少数族裔集团的法律违反了平等保护条款。而当时的沃伦法院对民权案件的关注以及作出的有利于少数族裔的判决，很大程度上，就是根据平等保护条款，而益和案则是他们援引的主要先例。这样，1886年的益和案，半个多世纪后成为20世纪中期美国有关平等保护法律的一个主要基石。作为讨论宪法平等保护条款被引用次数最多的一个案例，益和案至今一共被引用了125次。

［伍淑明（Laurene Wu McClain）著，任东来译］

# 11.20世纪美国反托拉斯垄断的第一枪

## ——北方证券公司诉美国案（1904）[①]

十九世纪后半叶，资本主义放任自流，蓬勃发展，“美国梦”展示出全新图画。新兴的“金元帝国”制造出摩根、卡耐基、洛克菲勒这样一批亿万富翁，形成了不可一世的庞大财团。但是，“创造财富”的神话常常演变为“掠夺财富”的现实。托拉斯[②]这一独特的垄断形式的出现，演绎了大鱼吃小鱼的故事，独立的中小企业沦为工业巨子、金融寡头的美味佳肴。诞生于自由竞争之中的垄断侵害了自由竞争本身。弱小的群体寄希望政府的保护，美国最高法院再次走上了历史的前台。它在北方证券公司诉美国一案中的判决，多少遏制了垄断蔓延的势头。

① *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U. S. 197 (1903), http://laws.findlaw.com/US/193/197.html。虽然最高法院是在1904年作出判决，但属于最高法院1903年司法年度（一般是从第一年的10月到第二年的6月）。故其卷宗仍汇编在1903年度的《美国最高法院判例报告》。

② 托拉斯是英文trust（信托）的英译。它是一种工商业组合形式，加入这一组合的公司把它们的股权交由一个专门成立的董事会来管理。在美国，这个词后来泛指所有有垄断倾向的大规模公司组合，成为垄断的代名词。

## （一）铁路垄断《反托拉斯法》出台

19世纪70－80年代，美国铁路发展迅速，垄断也随之形成。一方面，为抓住大的客户，铁路部门开始用“回扣”的办法，来吸引和稳住谷物商、屠宰业主、煤炭商等大客户。对铁路来说，这一做法稳定并提高了货运量；对运输大户来说，大大降低其商品的运输费用，减少了成本，以赢得更大的市场份额和更高的利润。另一方面，铁路又通过抬高小城市运费、支线铁路运费和零散商品运费的方法，来弥补其支付“回扣”的损失。实际上，就是通过欺小扶大，拉强压小的办法，达到收支平衡，甚至谋取暴利。因此，铁路成为商业运营的“调节阀”，对大户，它意味着快捷、方便、低廉的服务，对小户，它代表着傲慢、限制、昂贵的代价。对于这种歧视，没有人加以质疑，因为根据当时法律，铁路大亨们拥有凭借自己的财产去做他们乐意做的一切权力。1895年的一篇法律论文指出：“任何国家都不存在如此不受限制的公司权力”。“这是公司的时代”。[①]

1882年7月，铁路巨头们聚会新英格兰的避暑胜地，就煤炭进入市场的数量和价格达成了协议，操纵市场价格。它直接的恶果是1883年秋，纽约爆发了煤炭价格暴涨和波及广泛的抢购狂潮。不仅如此，所有依赖于铁路运输的东西：木材、肉类、蔬菜、水果、羊毛、棉花都被垄断控制着。中小农场主们更是发现，铁路贵族拥有了巨大的货仓以囤积谷物，他们只能面对两难的选择：或者支付居高不下的铁路运费；或者付出储存粮食的高额代价。可怜的农户只得眼看着自己辛勤的劳动果实成为铁路大

---

① 转引自伯纳德·施瓦茨、王军等译：《美国法律史》，北京：中国政法大学出版社，1997，第147页。

亨的囊中物。当时的一位观察家写到：作为农民，他“孤苦伶仃，软弱、穷困、无知，要打10美元或100美元的官司，他必须自己去单挑富有的铁路公司。”[①]

农户的不幸遭遇，市场的动荡，使地方上有良知的官员和国会议员感受到了巨大的压力。政府开始取证调查，铁路部门是“如何制定运费”的有关听证会也在各级议会展开。但是，在早期资本主义放任自由的时代，禁止政府干预市场经济活动成为一项金科玉律。当州和地方政府试图通过规范铁路运费的法案时，联邦法院的法官们便出面干预了：各州不享有干预州际商务的权利，只有国会才拥有这项立法权限。

显然，解决问题的“钥匙”掌握在国会手中。1887年，国会通过了《州际商务法》(the Interstate Commerce Act of 1887)，它禁止在铁路运输中支付“回扣”；三年后，国会又通过了共和党参议员谢尔曼提出《谢尔曼反托拉斯法》(the Sherman Anti－Trust Act of 1890)，根据宪法授予国会的管制州际商务的权力，该法规定任何限制州际商务和对外贸易的垄断和阴谋垄断的商业契约、行为和联盟都是违法的。谢尔曼不无担心地指出，如果不控制垄断，美国人最终会面对“一个控制了一切生产的托拉斯和一个决定了一切生活必需品价格的主人”。[②] 这一法律宣示了美国的一个基本国策：维持公平的市场竞争。但通过法律是一回事，执行法律又是一回事。工业巨头和铁路大亨千方百计地回避法律约束，钻法律的空子，而保守的法庭也常常站在他们一边。在著名的“美国诉奈特公司”(United States v. E. C. Knight, 1895)中，

---

① 转引自伯纳德·施瓦茨、王军等译：《美国法律史》，北京：中国政法大学出版社，1997，第157页。

② 引自沙伊贝等著：《近百年美国经济史》，北京：中国社会科学出版社，1983，第279页。

最高法院以8比1判决说，在宾夕法尼亚州内进行的糖业托拉斯的合并，并没有直接涉及州际商务，因此不属于联邦政府管辖范围。至于这家控制了全国95%白糖产生的糖业托拉斯，是否只在宾州销售它的产品，则不关最高法院的事。最高法院后来承认，这一判决使“反托拉斯法成为一纸空文”。[①]

法律的神圣性和权威性就这样遭到了嘲弄。一位幽默作家挖苦说：对百姓来说，《谢尔曼法》是堵石墙，但对大公司来说，是座凯旋门。但有一个政治家却决心恢复人们对反托拉斯法的信心，他就是刚刚上任的年轻总统西奥多·罗斯福（老罗斯福，Theodore Roosevelt）。1901年，美国总统威廉·麦金莱（William McKinley，1897－1901年任职）遇刺身亡，老罗斯福作为副总统继任。他是美国当时最年轻的总统，任职时还不到43岁。

老罗斯福虽然出身于新英格兰的名门望族，却相当平易近人。他热爱自然，只身在美国西部置地放牧，并成为现代环境保护运动的先驱。在他任总统期间，美国建立起第一批国家公园，其中包括闻名遐迩的黄石公园。老罗斯福文能著书立说，出版过《赢得西部》史书4卷；武能带兵打仗，1898年美西战争爆发时，他辞去助理海军部长的高位，从西部牛仔中拉起一支队伍，号称“美国第一义勇骑兵团”。他以上校团长身份率领他们杀向西班牙控制的古巴，大获全胜，赢得了“彪悍骑手”的美誉。

老罗斯福抱负远大，但却扎扎实实，既当过民选的州议员和纽约州州长，也干过吃力不讨好的基层公务员。在纽约市任警察局局长期间，正值美国“黑幕揭发者”（Muckrakers，也称耙粪者）积极推动市政改革，他与这些改革家密切联系，努力整顿城市治安，并由此对下层百姓的苦难有了切身的体验，产生了一种历久不渝的同情。

① 引自《美国法律史》，第151页。

在主政纽约时，老罗斯福大刀阔斧推行革新，反腐倡廉，锐意进取，赢得了民众的支持，却得罪了当地腐败的共和党党魁党棍。他们利用政党机器，把老罗斯福推出去担任没有实权的副总统，以便重新控制纽约政治。结果，此举反而成全了老罗斯福的抱负，才当半年副总统就继任总统，让共和党的保守派叫苦不迭，大骂“那个该死的牛仔竟然当上了合众国总统”。[①]

保守派当然有理由仇视他。因为老罗斯福深信，总统的一项重要职责是保护公众利益，限制和打击各种特殊利益集团。他认为美国最大的威胁是两种人：暴民和富豪。暴民可能会被政客蛊惑人心的煽动而造反；富豪则缺乏起码的做人道德，他们永不满足的贪婪只能刺激暴民，引发社会动乱。

当时美国富豪贪得无厌，为了获得财富，他们不择手段地垄断市场，扰乱市场秩序。作为公平竞争哲学的信奉者，老罗斯福对垄断行为恨之入骨，对法院的无所作为深恶痛绝。当上总统后，他便拿出牛仔的彪悍劲头，打算跟托拉斯的巨头们干上一仗，恢复人们对反托拉斯法的信心。千夫所指的铁路巨头成为他最好的目标，而1901年春，一场围绕铁路收购的证券风暴正好为他提供了千载难逢的良机。

## （二）两强相争　北方证券出笼

这场证券风暴的主角是两个铁路大王：詹姆斯·希尔(James. J .Hill）和哈里曼（E.H.Harriman)。希尔是个白手起家的铁路大王，14岁就投身商海，几经挣扎，最终圆了他的“美国梦”，成为亿万富翁。拥有将近三分之一美国西北铁路网（号

① 引自塞缪尔·莫里森等著：《美利坚共和国的成长》，下卷，天津人民出版社，1991，第386页。

称大北方 Great Northern）后，他仍不满足，因为他的目标是吞并美国西北部全部的铁路网络。为此，他开始在股票市场上收购相关铁路（伯灵顿铁路）的股票。为了支付高昂的收购费用，希尔把他购得的大部分股票转售给华尔街最大的金融财团——摩根财团控制的“北太平洋铁路公司”（Northern Pacific）。

这一做法引起了哈里曼的不满。哈里曼控制着西北部一半以上的铁路网，跟希尔是死对头。希尔的做法简直就是在太岁头上动土，应对了一句老话：不是冤家不聚头。在摩根财团的对手洛克菲勒财团的支持下，哈里曼遂大肆收购“北太平洋铁路公司”股票，试图实现对“伯灵顿铁路”股票权的间接控制。股票市场上的竞买现象引起了股价的剧烈波动，“北太平洋”股价由当年初的每股 85 美元激升至 5 月份的每股 160 美元；随着摩根和希尔反收购行动的介入，股价更是飚升至每股几百美元。股价的急剧上涨助长了证券市场的投机行为，买空卖空愈演愈烈，特别是随着大量“热钱”涌向“北太平洋”股票，人们纷纷抛售其他股票来套现，转买“北太平洋”股票。结果，转瞬之间，几乎所有其他证券价格急速下跌，大量财富在这场铁路巨头之间的股权激战中灰飞烟灭。小户和散户股民，叫苦不迭，哭天呛地，大骂“铁路强盗该死”。

为了避免两败俱伤，“华尔街大王”摩根提出了一项全新垄断计划，以整合希尔和哈里曼的力量，组建一个超级托拉斯“北方证券公司”（the Northern Securities Company）。这个庞然大物在新泽西州注册，持有 97%的“北太平洋”股票和 75%的“大北方”股票，将两个铁路网均纳入其中。就这样，垄断的利益从此取代了恶性的竞争，昔日的冤家握手言欢。摩根、洛克菲勒、希尔和哈里曼这些金融和铁路巨头们共同掌握了世界上最庞大的铁路联合体，由垄断所产生的巨大利益也将由此源源而来。

## （三）总统出马 《反托拉斯法》重生

北方证券公司的出现，标志美国铁路垄断达到了颠峰。但物极必反，铁路巨头在证券市场上的兴风作浪，引起了老罗斯福总统的高度关注。他敏锐地意识到，北方证券公司的出现只是一个先兆，它不仅能够垄断美国西北部所有的铁路，而且还可能完全控制全美的铁路，成为全国贸易和经济的桎梏。如果这一切成为现实，社会财富将加速集中到像摩根、洛克菲勒、希尔、哈里曼这些“强盗大王”手中。更重要的是，这种垄断最终将摧毁美国人最珍视的机会均等、公平竞争的价值观。

经过充分的准备，老罗斯福吹响了反托拉斯的号角。他表示：“在对付我们称之为托拉斯的大公司方面，我们绝对必须拿定主意，按渐变而不是革命的办法行事。……我们的目的不是要取消法人公司；正相反，这些大集合体乃是近代工业制度不可避免的一种发展。……我们要想调节和监督这些公司，就须先在我们的思想中明白确定，我们不是攻击它们，而是力求消除他们的一切弊害，否则我们就做不出任何有益的事情。我们对这些公司并无敌意，只不过是决心要使它们经营得有利于公众。”① 基于这一出发点，罗斯福决心恢复《谢尔曼法》的生命力。

1902年2月19日，老罗斯福的司法部长诺克斯（Philander Knox）宣布，北太平洋和大北方的合并违反了《谢尔曼法》。美国政府将调查并控告北方证券公司。此言一出，华尔街顿时哗然，股市应声而下，其冲击力就像一年前麦金莱总统被刺身亡一

① 引自塞缪尔·莫里森等著：《美利坚共和国的成长》，下卷，第393页。

样。华尔街的大亨们立即开始活动，利用游说、交易、利诱等种种手段，与政府展开较量，向老罗斯福施加压力。摩根甚至亲自出马，到白宫拜访老罗斯福，软硬兼施。据老罗斯福回忆，摩根称："如果我们有错，你可派人来和我的人谈，他们能够把事情摆平"。老罗斯福回答说，"没法这么办"，诺克斯加了一句："我们不想把它摆平，我们想制止它"。[①]

既然老罗斯福决心已定，不买华尔街的账，摩根等财阀便高薪聘请最善辩的律师，准备在法庭上负隅顽抗。老罗斯福也采取了针对性的两手，顶住垄断大公司的压力。他一方面向全国发表讲话，直接争取民众的支持，另一方面，开始了司法程序。

这时，美国19世纪末20世纪初进步运动[②]的大本营明尼苏达州，先于美国联邦政府把北方证券公司告上了该州圣保罗的联邦地方法院。在立案之前，该州检察长道格拉斯（W. B. Douglas）曾经特地去华盛顿拜访联邦司法部长诺克斯。诺克斯表示坚决支持："如果你根据明尼苏达州法的起诉失败，你就把那些任何能够说明北方证券公司违反联邦法律的证据给我，我亲自起诉它"。[③]由诺克斯担当此任可以说再合适不过了，因为他本人就是公司律师出身，知道大公司的弱点所在。此后，他们开始交换各自掌握的控告北方证券公司的资料。

---

① Lewis L. Gould, *The Presidency of the Theodore Roosevelt*, Lawrence, Kansas: University Press of Kansas, 51.

② 进步运动（the progressive movement），也称进步主义（progressivism），或进步主义运动。形成于19世纪末，一直延续到20世纪最初的20年。它是由美国中产阶级知识分子领导的、中产阶级为主体的政治改革和社会改良运动，是美国社会对美国进入工业化时代后所出现的各种新问题和新情况的一种社会性回应。

③ Lewis L. Gould, *The Presidency of the Theodore Roosevelt*, Lawrence, Kansas: University Press of Kansas, p.50.

1902年3月，道格拉斯（W. B. Douglas）代表明尼苏达州正式起诉说：明尼苏达州禁止任何一条铁路购买与之平行和竞争的铁路，而现在摩根和希尔所作的正是把平行的北太平洋铁路和大北方铁路合并，由北方证券公司统一控制。这既违反了明州法律，也违反托拉斯法。但法官洛奇恩（William . Lochren）却接受了辩方的意见，声称北方证券公司不是以一条铁路购买另一条正在与之竞争的铁路，而只是一家持有两条铁路股票的公司，因此，它不是限制贸易的垄断联盟。他裁定明州政府败诉。

当时诺克斯已指示联邦在圣保罗的检察官，准备起诉北方证券公司违反反托拉斯法。现在的这一结局无疑是敲山震虎，使美国联邦政府很难在同一法院打赢同一类型的官司。但天无绝人之路，国会这时恰好通过的一项新的法律，规定为审理涉及重大公众利益的垄断案，联邦政府可以设立专门的由三位法官组成的临时性地区法院。据此，1903年春，联邦政府在密苏里州的大都市圣路易斯，专门成立了三法官地区法院[1]来控告和审理北方证券一案。

## （四）决战法院　政府战胜垄断财团

在圣路易斯法庭，代表联邦政府出庭的是助理司法部长贝克（James M. Beck）。针对圣保罗法院的判决，他强调，一条铁路购

---

① 当时，美国联邦地区法院一般只设立一个法官席位，而三法官地区法院（Three－Judge District Court）是一种比较特殊的、临时性的联邦地区法院，通常是为某一类型的案件而专门设立。它由两名地区法院法官和一位上诉法院法官组成。一旦案件终结，它就解散。对它判决的上诉可以直接向联邦最高法院提出。三法官地区法院最早是为执行反托拉斯法而建立的，但后来其管辖内容也扩大到公民质疑联邦立法是否违宪的案件。1960年代，这种法院曾经被广泛运用到民权案件。

买另一条铁路所形成的垄断与北方证券购买控制两条铁路的控股权之间，并无本质上的差别，完全是半斤八两。他再次表达了老罗斯福总统的担心：如果北方证券所作所为合法，那么摩根、希尔之流就可以购买并控制全国所有铁路。而通过控制铁路运费，他们甚至能够控制全国的经济，从而会比美国政府还强大。

1903年4月9日，3位法官一致判决北方证券败诉，下令其停业。判决称"这家证券公司拥有被国会指控为非法的特征。……它摧毁了自然竞争者……之间相互竞争的所有动机。"他们解释说，北方证券的股票持有者绝不会允许这两条铁路间的竞争。因为，任何一条铁路都不会降低运费，或者增加服务来吸引另一条同样也属于自己铁路的客源，这显然就构成了一种垄断。[①]

北方证券不服，于1903年5月11日向最高法院提出上诉，由此，北方证券与联邦政府的较量进入了最后决定阶段。鹿死谁手，难以预测。当时的首席大法官仍然是审理奈特案的富勒（Melville Weston Fuller，1888－1910年任职），惟一反对奈特案判决的大法官哈伦（Marshall Harlan，1877－1911年任职）也没有退休。但此时有了三个新面孔。来自加利福尼亚的共和党保守派麦肯纳（Joseph McKenna，1897－1925年任职）、来自纽约的铁路公司律师出身的佩卡姆（Rufus W.Peckham，1895－1909年任职）以及来自马萨诸塞州最高法院的开明派法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes，1902－1932年任职）。没有人能知道他们最终会作出怎样的决定。

这三位新人中，只有霍姆斯是老罗斯福任命的。当时，来自马萨诸塞州的大法官格雷（Horace Gray，1882－1902年任职）因病辞职，老罗斯福决定选霍姆斯接替。这里自然有地域上的考

---

① *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U. S. 197, 328 (1903).

虑，但更主要的是，霍姆斯在一系列劳工权益案子上同情弱者的立场给老罗斯福留下了深刻的印象。他希望随着霍姆斯的加入，最高法院不仅能有新人，而且能够有新思想、新观念。

为了确保政府的胜利，老罗斯福顶着炎炎烈日，在新英格兰和中西部奔走呼号，四处演讲，揭露非法垄断的危害，以此来动员民众，给最高法院施加无形的压力。他一遍又一遍地重复他对国会所说的话：

“是工业巨子，铺设了横穿全国的铁路网，建立了我们的商业，并且开拓了我们的制造业，他们总体上为我们的人民做出了极大贡献。没有他们，我们引以为自豪的物质发展永远都不可能出现……”

“我们划定反对行为不端的界限，但并不反对财富……”

“我相信那些阻止和损害竞争的垄断和不仁不义的歧视……以及托拉斯机构中有害于州际商务的其他弊端，都能够通过国会调节商业的权力加以制止。”①

他甚至指出，“各级法院……四分之一世纪以来充当了反动势力的代理人，它们作出许多互相矛盾的、但总的来说是与人民利益相敌对的判决，从而把国家和各州都弄得几乎软弱无力，不能对付那些大企业组合。”②

1903年12月14日，最高法庭的槌声标志着北方证券案进入最后阶段。控辩双方的唇枪舌剑回荡在气氛紧张的审判大厅里，在下级法院反复较量的陈词最终归结到两个焦点上：

一、北方证券公司是否限制或密谋（Conspiracy）限制州际商

---

① Fribourg, Majorie G. *The Supreme Court in American History: Ten Great Decisions*. NY, 1965, pp. 103 - 104.

② 莫里森等著、南开大学历史系美国史研究室译：《美利坚共和国的成长》，下卷，天津人民出版社，1991，第92页。

务或者竞争；

二．权力庞大的垄断是否摧毁了其他人的权利。

北方证券的律师搬出了他们的撒手锏：个人产权的神圣性。他们辩称，北方证券不存在限制州际商务和竞争的密谋。公司领有合法的执照，其法人权利与自然人相同。因此，它可以和自然人一样自由地处置它的财产，行使合法权利。政府如何能够破坏这一神圣的产权？显然，他们开始挑战反托拉斯法的合宪性。

面对这一挑战，联邦政府代表、司法部长诺克斯毫不退让。他针锋相对指出，反托拉斯法的“实质就是要干涉那些利用自己财富为所欲为人的权力，这就是该法的惟一目的”。庭辩结束后，最高法院内部整整辩论了几个星期，哈伦大法官等四人站在政府一边，富勒等四人则同情北方证券。剩下的布鲁尔（Brewer）大法官的一票至关重要。他曾经在奈特案中站在托拉斯一边，此时，在权衡再三之后，毅然站在了政府的一边。5比4，美国政府赢了。但是，它赢得非常勉强。因为布鲁尔虽然接受了北方证券公司合并案违法的判决结果，但却完全不同意哈伦等4位大法官的意见，因此，1904年3月13日，哈伦宣读的只是代表4位法官的意见书，在《美国最高法院判例报告》中，这一意见书不像通常那样叫“法院意见”，而是称“认可［下级法院］命令”(affirming decree)。[①]

最高法院修正了它在奈特案中的立场——控股公司不直接涉及州际商务，指出反托拉斯法适用于任何一种联合或联合企图，因为它们会消除从事州际商务、有竞争关系的铁路间的竞争，结果导致对此类贸易和商务的限制。针对反托拉斯法损害契约自由的论调，哈伦指出：“宪法对契约自由的保证并不禁止国会，为那些从事州际贸易和国际贸易的公司制订自由竞争的规则；……

① *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U. S. 197, 317 (1903).

国会有权通过反托拉斯法"。[1]他认为契约自由决不暗示着一个公司和一群人拥有蔑视国家意愿的自由，而在正常情况下国会法律的实施，也不会损害个人争取和保有财产的一般性自然权利。这一权利与所有其他权利一样，其运用必须受到法律的管制。他宣布，新泽西州给予北方证券营业特许的作法，妨碍了联邦国会行使其管制州际商务的宪法权力，因此无效，北方证券公司必须解散。

值得注意的是，惟一由老罗斯福任命的大法官霍姆斯却投了反对票，这既出乎人们预料，更令老罗斯福极为光火，称"我用香蕉都能雕刻出一个比［他］更有骨气的法官"。[2]

霍姆斯对这一评论不屑一顾，他巴不得老罗斯福不喜欢他，从而维持自己超越党派的独立立场。霍姆斯所撰写的异议，主要基于其对《谢尔曼法》字面的理解。他认为该法没有一个地方提到竞争，它只禁止专断（exclusion），并没有保护竞争。保护竞争可能是禁止专断原则的一个后果，或者是这一原则的基础或目的，但它毕竟不是原则本身。因此，以保护竞争为由，裁定北方证券公司违反《谢尔曼法》站不住脚。

有论者认为，霍姆斯的立场实际上与他的历史哲学有关。他曾经在不同场合表达他对《谢尔曼法》的反感，认为它缺少前后一致的逻辑。在他看来，保护竞争可以成为一种希望和诉求，但不能成为一项法律规则。霍姆斯在本质上是位必然论者（fatalist），相信产业间的合作、集中化也就是垄断化在所难免，

---

① *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U. S. 197, 332 (1903).

② 原文是"I could carve out of a banana a judge with more backbone than that", Stanley N. Katz, ed., *The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States*, Vol. VIII, Owen M. Fiss, *Troubled Beginnings of the Modern State, 1888 - 1910*, NY: Macmillan, 1993, pp.137 - 138.

势在必行。他相信，原始竞争的时代已经过去，资本主义进入了一个新的阶段，新的组合和集中形式将主导经济。规模经济不可抗拒，且永无终结。因此，他认为对立法机关或其他任何人来说，试图阻止历史发展的步伐是徒劳的，事实上也是非常可笑的。[①]

## 五、判决影响重大　反垄断任重道远

最高法院的判决意味着自由、公平竞争原则的胜利，也意味着美国垄断企业的黄金时光开始结束。老罗斯福对这一判决非常满意。对他来说，反托拉斯法虽然不可能一劳永逸地解决垄断问题，但政府胜诉的意义在于，最高法院终于转变了立场，认同了行政当局的作法，这样，联邦政府终于建立其监管大公司活动的权威，这是至关重要的第一步。他在后来写的自传中指出，1902年对北方证券公司开刀时，问题不是大公司是否应当加以控制，“致命的问题是政府是否有控制它们的权力“。而只有在这一权力确立后，才能进一步考虑“使用这一权力的正确方法”。[②]

有了良好的开头，就获得了一半的成功。这句话用在老罗斯福政府上再恰当不过了。此后，肉类托拉斯和烟草垄断也被打破了。老罗斯福因此赢得了“托拉斯杀手”（trustbuster）的美誉。1911年，最高法院判定洛克菲勒财团的美孚石油公司（Standard Oil Company）涉嫌垄断，必须解散，并处以当时美国历史上最高昂的“罚款”——2,924万美元。虽然此时老罗斯福已是一介平民，但看到这个在自己任内开始的诉讼，最终有了圆满的结果，自然感到莫大安慰。

---

① Owen M. Fiss, p.143.

② Lewis L. Gould, p.53, 212.

不过，这笔罚款比起洛克菲勒财团富可敌国的财产来，不过是九牛一毛。大概是为了赎罪，洛克菲勒财团的掌门人约翰·洛克菲勒（John D. Rockfeller）在此后的生涯中，将他拥有的5.4亿美元——相当于今天的60亿美元——财产，捐给了以医学研究和教育为主的许多慈善项目，转眼成为到那时为止世界上最大的慈善家。据说，在无情地排挤同行、消灭竞争对手的职业生涯中，他却过着清教徒的生活，他从未抽过一支雪茄和喝过一杯香槟！可是，美国的反垄断并不是针对个人财富，而是针对不公正的商业行为。

《谢尔曼法》终于得到了实施，后来，美国国会还通过了新的反托拉斯法，建立了专门的反垄断机构——联邦贸易委员会和司法部的反托拉斯局。美国人终于确立起一种信念，像政府的权力会导致腐败一样，工商界的权力也会导致经济上的腐败——垄断。政府有责任限制垄断，以维护自由竞争的市场秩序。只有这样，美国人在享受可口可乐的同时，还能有百事可乐的选择。

（任东来　孙庆）

# 12. 争取劳工权益的漫漫长路

## ——有关劳工权益的几个案子[1]

霍姆斯是美国著名的最高法院大法官（1902—1932年任职），一向以见解独到、思想超前著名。因而有“伟大的异议者”的美誉。他有句名言：“法律包含了思想交锋中获胜一方的信念。”[2]在美国，长久以来一项“获胜的信念”就是，任何人都可以自由地凭借其财产做他们想做的事情。在劳资关系中，这一思想就表现为，老板深信，他可以自由地决定其雇员的工作时间、工作条件和工作报酬，不受任何外来干预和限制，雇员要么接受，要么就滚蛋，绝无讨价还价的余地。

契约至上和财产神圣成为老板们的金科玉律，不可侵犯。在20世纪前期，这种思想及其行为受到普遍的认可，在劳资双方

---

① 洛克纳诉纽约案，*Lochner v. New York*，198 U.S.45（1905），http://laws.findlaw.com/US/198/45.html；马勒诉俄勒冈案，*Muller v. Oregon*，208 U.S. 412（1908），http://laws.findlaw.com/US/208/412.html；哈默诉戴根哈特 Hammer v. Dagenhert，247 U.S.251（1918）；西岸旅馆与帕里什案，*West Coast Hotel Company v. Parrish*，300 U.S. 379（1937），http://laws.findlaw.com/US/300/379.html.

② Oliver Wendell Holmes，Jr.，“Law and the Court：Speech at a Dinner of the Harvard Law School Association of New York on February 15，1913”，Sheldon M. Novick，ed.，*The Collected Works of Justice Holmes：Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of of Oliver Wendell Holmes*，Chicago：University of Chicago Press，1995，Vol.3，pp. 506－507.

发生冲突时，政府也常常站在资方一边。随着大工业的兴起，现代劳工阶级不断扩大，受到资本家盘剥的人也越来越多。哪里有剥削，哪里就有反抗，像他们的欧洲兄弟一样，美国的劳工阶级也常常采取罢工、组织工会的形式进行反抗。但和他们欧洲兄弟不一样的是，他们更多的是利用法律武器，来争取自己的合法权利。而且，他们通过罢工和组织工会获得的权益，最终也必须通过法律来固定下来。因此，一位历史学家曾经评论说：美国的社会立法虽然比欧洲一些国家落后 30 年，“可是劳工通过法律获得的成就，大概要比通过罢工或其他暴力手段取得的更多一些”。①

在争取劳工权利的斗争中，美国联邦最高法院在相当长的时间内站在资本家一边，劳工们艰苦斗争获得的若干成果最终被最高法院的判决化为乌有。但是，对劳工苦难的同情，对社会正义的信念，也使一些开明的大法官勇敢地挑战有产者长期以来拥有的主导观念和种种特权。霍姆斯和他的好友路易斯·布兰代斯（Louis Dembitz Brandeis）就是美国 20 世纪前半期，劳工权益最积极的捍卫者。

## 一、霍姆斯与时俱进的大法官

霍姆斯出生在美国东北部马萨诸塞州的波士顿，其父亲是哈佛大学医学院的教授，也是位有名气的诗人，母亲是马州最高法院首席大法官的千金。父系和母系两个家族都是当地的世家望族，因此，他从小生活在“往来无白丁，谈笑皆鸿儒”的环境中。在哈佛大学读书时，正赶上南北战争爆发，霍姆斯毅然投笔从戎。战争期间，他先后三次负伤，其中两次危在旦夕。大难不

① 莫里森等著、南开大学历史系美国史研究室译：《美利坚共和国的成长》，下卷，天津人民出版社，1991，第 119 页。

死的经历养成了霍姆斯勇敢和坚毅的性格。受外祖父的影响，他拒绝了从政和经商的诱惑，终身与法律为伍，先是律师，后是哈佛法学院的法律史讲座教授。他在1881年出版的《普通法》(The Common Law)，成为美国法学的不朽名篇，确立了法学的社会和现实主义学派。接着，他又从书斋走向法庭，1882年出任马萨诸塞州最高法院的法官并在1899年升任首席法官。1902年，他61岁时成为联邦最高法院大法官。

霍姆斯对宪政和法治的坚定信念成为后来无数法律学生的楷模，他的众多著述成为法学的名著经典。1885年在一次律师协会的聚会上，他解释了自己为什么选择了法律生涯：

"毫无疑问，如果思考并去理解事物之间的相互联系，任何事情都饶有趣味。当你不懈地追求，每一种职业都很了不起。但任何职业都不能像法律那样给予如此开阔的眼界，去感受人类灵魂内在的能量，去深刻体验生命的激流。它能够让它的从业者以目击者和参与者的身份，去分享生命的情感、奋斗、失望和凯旋。""法律就象魔镜，反映的不仅是我们的生活，而且是曾经存在过的所有人的生活！每当我想到这一宏伟的主题，我都难以自制"。[①]

他认为法律必须反映时代的潮流，在一定程度上，需要与时俱进，与传统的观念决裂，适应不断变化的生活，而不是相反。1913年，在一年一度的哈佛大学法学院校友聚餐会上，他诚恳地告诉他的校友："我们也需要……学会超越我们自己的信念，

---

① Oliver Wendell Holmes, Jr., "The Law: Address to Suffolk Bar Association Dinner, February 5, 1885", Sheldon M. Novick, p. 469. 法律是魔镜的说法流行甚广，美国著名宪法史专家 Kermit Hall 就把自己的美国法律史著作起名为《魔镜》（*The Magic Mirror: Law in American History*, NY: Oxford University, 1989）。

让有序的法律变化去废除我们曾经珍视的东西。"[①]在论及法律本身与法官个人倾向的关系时，他更明确地表示：国会有权力通过"民众"所需求的任何新的立法，只要这些新法律在宪法范围之内。霍姆斯这种开明立场，难免与他最高法院的保守派同事格格不入。1905 年的洛克纳（Joseph Lochner）诉纽约案就是一例。

该案是霍姆斯担任最高法院大法官后，面对的第一桩重要的劳工权益案。当时，经过工人阶级的艰苦斗争，纽约州终于通过一项法律，禁止面包房老板让雇工每天工作 10 小时以上。一个叫洛克纳的老板第二次违反这一法律时，法院对他处以 50 美元的罚金。洛克纳不服，最终把这个案件上诉到了最高法院。

洛克纳的辩护律师声称：纽约州的这项立法偏袒工人，损害老板，因此违反了宪法修正案第 14 条中"平等保护条款"。而且，宪法第 5 条修正案，也禁止各州不经过正当法律程序剥夺任何人的生命、自由或财产权，而"程序"就是为了保护个人权利而建立。因此，这一带有偏向的立法剥夺了洛克纳与其工人们签定契约的自由，因而也就等于剥夺了洛克纳处置其财产的权利。

实际上，美国宪法原文中并没有把契约自由看作是公众自由的一部分。但原告律师之所以如此理直气壮，其奥秘就在于，19 世纪最后 20 多年是美国历史上著名的"镀金时代"，社会达尔文主义盛行，弱肉强食，资本权力几乎决定了一切。美国最高法院开始强调，宪法第 9 条修正案的含义是除宪法明确的权利之外，人民还享有其他权利。[②] 这些权利同样为第 14 条修正案的正当

---

① Oliver Wendell Holmes, Jr., "Law and the Court: Speech at a Dinner of the Harvard Law School Association of New York on February 15, 1913", Sheldon M. Novick, ed., p.507.

② 该修正案的原文是："本宪法对某些权利的列举，不得被解释为否定或轻视由人民保留的其他权利"。

程序条款所保护。最高法院由此推论出，这些默示权利中有一项为契约自由的权利，特别是自由订立雇佣劳动合同的权利。这期间，最高法院通过一系列的判例确立并发展了这一原则，用其来宣告了很多涉及经济事项的联邦及州法律无效。于是，当年为保护黑人宪法权利的第14项修正案，衰变为对弱肉强食适者生存定律的法律承认和保护！正当程序保障的“自由”在经济市场便成为政府放任自流、无所作为政策的同一语。为此，美国著名宪法学者施瓦茨干脆用“法律达尔文主义”来概括这一时期最高法院的司法理念。[①]

在当时的最高法院中，大部分法官思想保守，把斯宾塞(Herbert Spencer)的“自由主义”奉为圭臬。斯宾塞认为：政府应给商业活动充分的自由空间，社会本身会起到最好的调节作用。政府根本无需、也不能干预经济生活。因此，经过激烈的辩论，最高法院以5比4的票数判原告胜诉。大法官佩卡姆（Rufus Peckham，1896－1909年任职）宣布了多数意见：“没有理由认为，面包房工人作为一个阶层，在智力和能力上，与其他行业或作体力工作的人不一样；没有理由认为，缺少了州政府卵翼保护、以及对他们独立的判断和行动能力的干预，他们就没有能力行使自己的权利和照顾自己。在任何意义上，他们都不是政府的监护对象”。[②]因此，纽约州政府没有合理的理由，以保护健康为借口，通过规定面包房的工作时间来干涉个人的自由和自由签订契约的权利。

他还表示，这限定工时的做法也损害了工人赚取额外收入的机会。因此，他认为纽约州的这一立法是多管闲事，超越了宪法

---

① 伯纳德·施瓦茨著、王军等译：《美国法律史》，北京：中国政法大学出版社，1997，第125页。

②、*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 57 (1905).

授予它的"治安权"（police power）。[①] 在他看来，美国的缔造者所建立的政府是一个权力受到限制、无权干涉私有财产的政府，它不会干预人们出卖自己的技术、开办自己的工厂或管理自己雇员的自由。人们的商业行为完全是根据自然权利所拥有的私人领域。[②]

洛克纳案判决所突出是"正当程序原则"（doctrine of due process），这是1890年以来占主导的司法观念，强调个人的正当程序权利，保护市场的放任自流。这一观念的主要倡导者大法官戴维·布鲁尔（David J. Brewer，1889–1910年任职）曾经有过极端的表述："对我来说，把政府视为家长的理论（The paternal theory of government）荒诞不经。让个人享有最大限度的自由，让他及其财产获得最充分的保护，既是对政府的限制，也是政府的责任。"[③] 正是根据这一司法哲学，为正当程序所保护的"自由"就成为政府在私人经济关系中撒手不管的同一语。

显然，最高法院的基本立场是，各级政府必须严格遵守最高法院从宪法第5及第14条修正案中推导出来的契约自由原则。这样，通过运用司法审查权，最高法院使自己能够决定政府的有关社会经济法规是否逾越了允许与不允许——合宪与违宪的界线。由于洛克纳案的典型性，人们把30年代中期最高法院改变其保守立场前的时期称为"洛克纳时代"。

霍姆斯和哈伦等四位法官持异议。针对多数派认为纽约州保

---

① 也译公安权、警察权，是对美国宪法保留给各州和地方管理其内部经济发展、社会安全、大众健康、文化教育、民众福利和公共道德等事宜的权力，其涵盖内容庞杂，没有精确的定义，并随时代而变化，其本质是州和地方政府为了促进公众利益可以限制个人权利。联邦政府对这一权力只能进行某种限制，但不能直接行使。

② *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 58–63（1905）.

③ *Budd v. New York*, 143 U.S. 517, 551（1892）.

护劳工的社会立法剥夺个人财产自由权的论调，霍姆斯发表了他著名的不同意见。他一针见血地指出，洛克纳并非被剥夺了自己的财产，他仍然拥有着自己的面包房。至于契约自由权，霍姆斯认为，它只是从某种特殊经济理论中推导出来的权利，而不应该被视为宪法权利。他强调，宪法解释不能从属于某种特殊的经济理论。[①] 他认为，纽约的社会立法"包含了一些信念或偏见，有些法官同意，有些则不同意。但宪法并非旨在体现某一种特别的经济理论，或是家长制，或是公民与国家有机体关系论，或是自由放任。它是为拥有根本不同思想观念的人制定的，当我们意外地发现某些观点是自然的和熟悉的，或者是令人诧异和震撼时，它们都不应该决定我们对包含这些观念的法律是否与美国宪法冲突的判断。"[②]

针对佩卡姆所云，个人有为所欲为的权利，霍姆斯却强调这一权利止于他人权利行使的范围。因此，霍姆斯在法律上否认"绝对自由"的存在，坚持纽约州的立法反应了大多数人的意愿，并且是符合宪法准则的。在随后十年的类似案件中，霍姆斯两度表达了同样的意见，站在劳工阶层一边。霍姆斯的异议无疑是那个时代最引人注目的话语，表达了无数社会改良者的共同心声，

---

① 较新的研究表明，霍姆斯的这一批评实际上是无的放矢。因为多数意见并没有基于对某种经济理论的信念。它更多反映的是一种对政府权威的特殊概念，这样概念深深地根植于契约论（contractarianism）——一种远比霍姆斯提及的斯宾塞理论更为广泛和牢固的精神传统。佩卡姆试图说明社会契约所允许的立法部门行动的界限，正像他所说的，否定纽约州的立法是因为它"到达并超越"了这一界限。参见 Stanley N. Katz, General Editor, *The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States*, Vol. VIII, *Trouble Beginnings of the Modern States*, *1888 – 1910*, by Owen M. Fiss, NY: Macmillan, 1993, p. 158.

② *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75 – 76 (1905) (dissenting).

在知识分子中得到了广泛的回应。

对其保守派同事的所作所为，霍姆斯有一针见血的评论，这就是他们思想上的偏见，对欧洲传到美国的社会主义思潮的恐惧。他在1913年指出："20年前，当一种模模糊糊的恐怖感传遍地球、人们开始听到社会主义这个词的时候。我曾经认为，并且至今仍认为，恐惧已被解释成为在宪法或习惯法中没有任何正当地位的种种理论了"。[①] 但是，需要小心的是，霍姆斯并不是一个民主主义者，更不可能接受社会主义思想。仔细研究霍姆斯的立场就会发现，他与其保守派同事一样，对民主有着根深蒂固的忧虑。但是，有所不同的是，当保守派恐惧"多数暴政"时，霍姆斯却处之泰然，并不是因为多数就正确，而只是因为这不可回避的现实。因为他相信立法机关所通过的法律包含了社会上"主导的观念"，它迟早会以这样或那样的形式流行，司法部门很难加以限制。从这个意义上讲，霍姆斯最了不起的地方在于他的现实主义。

但是，霍姆斯没有办法改变最高法院的主流看法。在19世纪末20世纪初，最高法院扼杀了上百项各州的社会立法。他对此无能为力，只能寄希望于未来。不久，他在最高法院有了一位坚强的支持者和同盟军。

## 二、布兰代斯：为女工和童工的利益而战

1908年1月15日，当布兰代斯走上最高法院，在马勒诉俄勒冈州案（Muller v. Oregon）中，为可怜的女工捍卫《俄勒冈最低工时法》时，霍姆斯看到了希望。布兰代斯是位充满正义感和同情心的大律师。他出生在肯塔基州一个犹太移民家庭，父母来

---

① 莫里森前引书，第123页。

自欧洲的波希米亚。1873—1875 年，他随父母在欧洲游历三年，并在德国读了三年大学预科。回国后，年仅 18 岁的布兰代斯被哈佛大学法学院破格录取。1877 年毕业时，他获得了法学院有史以来最好的成绩。1878 年布兰代斯成为律师，丰富的社会科学知识使他对现代工商业的运作和规范了如指掌，就连那些商界客户都自叹不如。因此，他不久就成为全美最成功的辩护律师，尤为擅长打经济官司。这给他带来了滚滚财源。当时，律师的年收入一般在5,000 美元，而他却达到了 5 万美元。

财富使布兰代斯过上舒适的生活，但他并不以此为满足，而有着更高的精神追求。19 世纪末到 20 世纪最初的 20 年，面对工业化进程中的种种腐败现象，美国出现了一场中产阶级为主体的社会改良运动，史称进步运动。布兰代斯也积极投身到反腐败的斗争中，努力争取社会正义。他是美国最早一批出于公心（pro bono），义务为民众打官司的律师之一，被当时的同行视为“有毛病的傻帽儿”，但平民百姓却赞扬他是“人民的辩护士”。显然，犹太人的背景使他对弱势社会群体的处境尤为关注。在当时，犹太人也被白人种族主义者视为劣等民族，连他们有特色的长相都成为嘲讽的对象。

马勒诉俄勒冈案就是布兰代斯为民请命的官司之一。由于洛克纳案在先，布兰代斯知道，光靠法律逻辑，他几乎不可能打赢这场性质相同的官司。于是，基于自己丰富的社会科学素养，他决定另辟蹊径，用社会科学研究的证据和医学文献来说话，来唤起法官的良知和民众的注意。

布兰代斯在法庭上出示的辩护书，仅用 2 页的篇幅谈及法律先例，但却用了 100 多页的篇幅援引大量统计数据和医学报告，说明劳动时间过长对妇女健康所产生的危害。在这些权威证据面前，最高法院一致认为，妇女抚育后代的特殊社会责任需要特别的保护，因为“健康的母亲为强壮的后代所必须，为了种族的强

健，妇女身体健康必须成为公众利益和关怀的--部分”,[1] 因此，《俄勒冈最低工时法》有效。不过，最高法院的这一判决强调了其对象的特殊性，指出它在“任何方面”都没有削弱洛克纳案的判决。显然，在保护劳工的利益方面，还有漫长的路要走。

但布兰代斯引用案件所涉及的社会事实和统计数据，而不是法律先例，来说明立法必要性和合理性的作法，却开创了新的法律辩护形式。这种法律辩护形式和文件统称为“布兰代斯诉讼方法”（Brandeis brief)。半个多世纪后，美国反对种族隔离的律师们就是用同样的办法，撕开了美国种族隔离的篱笆。

布兰代斯虽然登记为共和党选民，但却支持民主党人总统候选人威尔逊的改革主张，并在 1912 年总统大选中帮助威尔逊设计“新自由”的竞选纲领，强调“有节制的竞争”，建立公平竞争的法律制度。威尔逊当选总统后，原想任命他为联邦司法部长，但遭到民主党内大财团势力的反对。他只好在 1916 年提名布兰代斯为最高法院大法官。经过一番艰苦的斗争，参议院终于以 47 比 22 的多数批准了总统的提名。这样，在最高法院里，霍姆斯终于有了志同道合、趣味相同的战友。

1916 年 9 月，也就是布兰代斯被任命后的 3 个月，国会通过了人们期待已久的《童工法》(the Keating - Owen Child Labor Act，也称 Keating - Owen Act)，禁止 14 岁以下儿童生产的产品在州际贸易中流通。因为国会没有办法直接禁止各州使用童工，它只能利用管制州际贸易的权力，来限制童工产品的流通，间接地限制使用童工。这一法律是童工父母们和社会工作者十多年来奔走呼吁的结果，是进步主义的一大胜利。但两年后，这一法律在哈默诉戴根哈特案（Hammer v. Dagenhert）中遇到了严峻的考验。

被告戴根哈特（Roland Dagenhert）是北卡罗莱纳州人，他的

---

① *Muller v. Oregon*, 208 U. S. 412, 421 (1908 ).

两个幼子，15 岁的约翰和 13 岁的鲁本在一家棉花加工厂当童工。那里的工作环境恶劣，棉绒飞舞，织机轰鸣。小孩子每天工作 12 个小时，只能挣 1 美元。体重只有 65 磅的鲁本不得不搬运重达 100 磅的棉花袋子。童工法生效后，工厂的经理告诉戴根哈特，他不得不解雇其 2 个儿子。对戴根哈特来说，儿子的劳动收入比他们的健康更重要。在反对《童工法》的老板联盟的唆使和资助下，他把负责北卡罗莱纳地区童工法执行的联邦地区检察官哈默告上法院，抗议童工法让其儿子失去了工作。来自老板联盟的律师在法庭上声称：一个儿童是否在工厂工作与联邦政府无关，与州际贸易更没关系。跨州流动的商品就是商品，没有必要区分是否由童工生产。尽管政府方面聘请了哈佛大学法学院院长出庭辩护，联邦地区法院仍裁定《童工法》违宪。哈默不服，上诉到最高法院，遂成为哈默诉戴根哈特案。

代表政府出庭的是美国司法部副部长（Solicitor General）约翰·戴维斯（John W. Davis）[①]，他利用“布兰戴斯诉讼方法”，通过各种数据，指出童工劳动的恶果，如事故频发、影响孩子发育、损害儿童健康，等等，而且，童工制造的廉价货物与其他货物也构成了不平等竞争。但这些论据并未能打动保守的法官。最高法院以 5 比 4 判定政府败诉，童工法违宪。在陈述最高法院多数意见时，大法官威廉·戴（William Day，1903 – 1922 年任职）指

---

① 美国司法部副部长（Solicitor General）是联邦政府的首席法律顾问（律师），经常出面代表政府到最高法院打官司。约翰·戴维斯任职 5 年间，一共代表政府打了 67 个官司，赢了其中的 48 个。此公如此善辩，以致于首席大法官怀特曾经半开玩笑地说：“如果遇到戴维斯，没有人会拥有正当法律程序”。Bernard Schwartz, *A Book of Legal Lists: The Best and Worst in American Law*, New York: Oxford university press, 1997, p.230. 戴维斯后来成为著名的开业律师，有“律师中的律师”之誉，曾经在布朗案中为南卡罗莱纳州辩护。

出："所有的人都承认，出于孩子们自身利益和公共福利，应当限制在矿山和工厂雇佣儿童的作法"。[①] 但是，这项权限属于各州而非国会，童工问题纯属地方的事务而与州际贸易无关。《童工法》是对生产的管理，超越了联邦对州际贸易的管理权，因此这一法律违反宪法。

但是，霍姆斯不同意这种观点。霍姆斯指出："这一法律以禁止州际或对外商务中某种货物的流通为限。国会被赋予了无条件调节这种商务的权力。"他强调：雇佣童工从事艰苦劳动的"弊端是在货物运输之前，还是在之后并无多大关系。在国会看来，那种运输助长了这种弊端就已经足够了"。宪法授予国会的"调节权就意味着可以禁止一些东西，当州际贸易成为调节对象时，我毫不怀疑调节可以禁止这一贸易的任何部分，只要国会觉得需要这样做"。[②] 布兰代斯等其他三位大法官和霍姆斯站在一起，但他们仍然是少数。霍姆斯这位伟大的异议者，一直坚持他的信念，毫不妥协。他热切地期望着法律能更好地反映一种社会的新趋势，并且能灵活变通地处理新时代的问题。为此，霍姆斯一直奋斗到 1932 年他 91 岁退休时为止。他把实现这一理想的希望，寄托在他的挚友布兰代斯和其他更为年轻的法官身上。

## 三、罗斯福新政　保护劳工权益终获成功

霍姆斯退休的时候，美国正处于 30 年代大萧条的谷底。大萧条残酷的现实粉碎了自由放任的经济理论。无所作为的共和党政府被民众的选票无情地赶下了台。美国人民选择了民主党人富兰克林·罗斯福（Franklin Delano Roosevelt）作为他们继往开来的

① *Hammer v. Dagenhart*, 247 U. S. 251, 275 (1918).

② *Hammer v. Dagenhart*, 247 U. S. 251, 277 – 278 (1918) (dissenting).

领路人，因为他发誓要给苦难中的百姓一个“新政”。罗斯福出身纽约的名门望族，与老罗斯福总统沾点远亲关系。其祖父通过与中国作贸易（包括鸦片）而发财，置地于哈德逊河畔美丽的海德公园。作为家中的独子，罗斯福从小受到良好教育，哈佛毕业，还经常航行海洋，游历欧洲，眼界开阔，一脑门子出人头地、领导社会的精英思想。因为娶了老罗斯福的亲侄女为妻，他有机会近距离目睹总统的威风和责任，立志成为第二个罗斯福总统。第一次世界大战时，他曾任海军助理部长，战后，作为民主党的副总统候选人，参加竞选。失败后，又遭小儿麻痹症的打击，只能与轮椅为伴。但他身残志坚，不屈不挠，竞选纽约州长，一举成功。为他的白宫之路打下坚实的基石。

1933年3月4日，罗斯福就任总统。为了拯救美国风雨飘摇的经济，罗斯福开始了以救济、恢复和改革为核心的“新政”。面对危机，民主党控制的国会迅速通过了罗斯福想要的所有改革法案，毫不犹豫。但改革必然会损害到一些人的既得利益，他们视新政为“苛政”，告到最高法院，寻求保护。同时，失势的共和党也把希望寄托在最高法院。一位美国历史学家颇为生动地写到：它“‘退居司法机构，从那道防线开炮，以求轰垮和消除一切共和主义的堡垒’。这原是一个世纪前，杰弗逊在谈到联邦党人时说的话，如今他的白宫继任者［指罗斯福］，却很有理由来重复这一满怀恨意的指责”。[①] 从1935年5月到1936年6月，保守的最高法院动用司法审查权，先后宣布《工业复兴法》和《农业调整法》等重要新政立法违宪无效，并裁定各州无权规定雇工的最低工资和最高工时。美国经济危机尚未摆脱，救急的新政却岌岌可危。

① 莫里森等著、南开大学历史系美国史研究室译：《美利坚共和国的成长》，下卷，天津人民出版社，1980，第667页。

但罗斯福可不是好惹的，他一生都不轻易低头认输，岂能眼瞅着自己心爱的新政毁于一旦？更何况，他背后有美国广大民众给他撑腰打气。最高法院阻碍他的改革，但民众却不买最高法院的账。1936年，罗斯福以绝对的多数票再次当选为美国总统。有民众作为后盾，罗斯福决心与高高在上、神圣不可侵犯的最高法院过招。通常，总统与最高法院斗争的最简单易行的办法是任命自己信任的人出任大法官。一般来说，每个总统都有这样的机会，但罗斯福却成为一个多世纪以来，头一位在当满一届总统后，仍没有机会任命大法官的总统，在罗斯福看来，这可能是偶然，但也可能是大法官有意跟他过不去。因为9位大法官中已有6位年逾古稀，但没有任何让贤的意思，看来他们是要和罗斯福的"自由化政策"斗争到底。无奈之中，罗斯福只好采取"逼宫"的招数了。

1937年2月，借口减轻年迈大法官的工作压力，罗斯福建议国会通过法律，规定只要大法官年逾七旬且任期超过10年，总统就可加派一位新的大法官，最多加派6人，以此来改组最高法院。总统对大法官的提名权，和国会对罗斯福新政的支持，将意味着罗斯福可以把自己信任的6人用"掺沙子"的办法送进最高法院。为了证明建议的合法性，他开始动员舆论对他的支持，大打民意牌。罗斯福指责说："最高法院目前的所作所为已不是司法机构，而是制定政策的机构。"民选的国会正在努力使美国人民"免于灾难"，而最高法院"却要人们怀疑国会的这种能力"。他明确告诉美国民众，他的责任就是"把宪法从法院中拯救出来，同时也把法院从他自身中拯救出来。"[1]

一石激起千层浪。罗斯福的建议引起了轩然大波，导致了全

① 转引自布卢姆等著、戴瑞辉等译：《美国历程》，下册，北京：商务印书馆，1988，第407页。

国性的大辩论。保守派攻击说，这是一个要“废掉”最高法院的阴谋，是对司法独立传统的背叛，是美国宪政体制的末日。甚至无需共和党人在国会中打头阵，民主党议员自己就沉不住气，对罗斯福的建议充满忧虑。一位一向支持新政的著名报人道出了自由派人士忧虑的原因：不在罗斯福本人而在制度。“假定（不是完全不可能）有一位反动总统，像罗斯福一样富有魅力、能言善辩而不可抗拒，而他又决定用他很容易称之为紧急立法的法律来删削《权利法案》，那么，我们就得由这位阎王摆布了”。[1]

因此，罗斯福的改革建议意味着一次严重宪法危机的出现。一方面，司法部门似乎已经开始行使立法职能，并且对政府有关商务与经济法规的明智性指手划脚；另一方面，行政部门请求立法部门制衡法院司法审查权的行使，这一制衡方法并不为宪法所禁止，即通过总统任命、参议院确认增加法官人数的方式来“填塞”最高法院。如果最高法院继续坚持其作法，将意味着权力平衡的天平继续向非民选的联邦司法部门倾斜，而天平的另一头是民选的两个联邦政府部门。但是，如果罗斯福增加最高法院法官人数的计划取胜，那么天平将远远地偏离联邦法院——这一人民权利的最终捍卫者——这一头。

罗斯福的建议和国会的有关讨论，给最高法院造成了巨大的压力。但最终挫败罗斯福改组建议的是最高法院自己的战略后退。正是在这个时候，最高法院开始审理西岸旅馆诉帕里什案(West Coast Hotel Company v. Parrish)。帕里什是华盛顿州一个叫西岸旅馆的普通清洁女工，1935年5月被旅馆解雇。既然工作已经丢了，帕里什也就不再逆来顺受，唯唯诺诺。她鼓足勇气，找到老板，称华盛顿州有关法律规定，女工的最低工资是每小时

---

① 转引自刘绪贻主编：《富兰克林·D.罗斯福时代 1929－1945》，北京：人民出版社，1994，第141页。

35美分，最低周薪是14美元50美分，而她在旅馆工资算下来每小时只有25美分，周薪不到10美元。因此，旅馆共欠她工资216美元19美分。老板没有想到，这个平常工作不声不响，对报酬没有异议的小女子，临走时居然来这一手。对一毛不拔的老板来说，要他“放血”，比登天还难。于是，老板对要求补钱的请求一口回绝，而且放出话来，帕里什告到哪里，他都不怕。

帕里什敢向老板要钱，自然也就不怕打官司。何况，216美元，对一个30年代失业者来说，决不是一个小数字，它可以维持一家三口数月的基本开销。在律师的帮助下，帕里什和她的丈夫把旅馆告上法院。在1935年10月17日州地方法院的审判中，旅馆的辩护律师声称，帕里什起诉的根据——华盛顿州的《最低工资法》违反宪法，因此没有约束力。法庭在没有陪审团的情况下判决帕里什败诉。帕里什不服，把此案上诉到华盛顿州最高法院，这一次，她赢得了胜利。现在是旅馆方面不服了，1936年12月，它将此案上诉到美国最高法院。原告知道，最高法院在1923年著名的阿得金斯诉儿童医院一案①中，废除了美国首都哥伦比亚特区一项有关妇女的最低工资法。而且，当时投票支持这一决定的5名法官中，还有4人依然稳坐在大法官的位置上。就在案子的上诉期间，1936年6月最高法院又以5比4的票数，在莫尔黑德诉纽约州案②中，裁定纽约州的一项女工和童工的最低工资法违宪。因此，原告觉得胜券在握，志在必得。

这时，包括布兰代斯和首席大法官休斯（Charles Evans Hughes）在内的4名倾向于支持最低工资法的大法官，把希望寄

---

① *Adkins v. Children's Hospital*, 250 U.S. 616 (1919), http://laws.findlaw.com/US/250/616.html.

② *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 U.S. 587 (1936), http://laws.findlaw.com/US/298/587.html.

托在大法官欧文·罗伯茨（Owen Roberts）的身上。虽然半年前他跟保守派一起，投票反对纽约州的最低工资法和其他新政立法，但此时此刻，他的态度变得模棱两可。因为莫尔黑德案的判决很不得人心，全国对此案发表评论的344家报纸中，只有10家赞成这一判决。就连1936年共和党总统大选的竞选纲领中，都反对这一判决。为此，罗伯茨感到莫大的压力，似乎全国的眼睛都盯着自己。虽然这仅仅涉及到一个州的最低工资法，但人人都知道，它的背后却是政府是否有权干预劳资关系、保护一直处于弱势的劳工权利这样的根本性问题。一旦华盛顿州最低工资法被否决，保守派的气焰必将更为嚣张，罗斯福的其他新政立法将会遭到新的挑战。面对新政可能会岌岌可危的局面，罗斯福必然会加强要国会改革最高法院的努力，最高法院最终能否保持其独立地位也会成为疑问，美国政治的三权分立与制衡的格局可能会因此受到破坏。

这一可怕的前景令罗伯茨不寒而栗。在作出判决的前夜，他在自己的公寓中来回踱步，夜不能寐，直至天明。最终，罗伯茨站到了自由派一边。1937年3月29日，最高法院以5比4的表决结果，支持华盛顿州的最低工资法，推翻了它在阿得金斯案中判决。休斯代表法院宣读了多数意见，他们终于接受了霍姆斯早在1905年就提出的观点：契约自由并非没有限制。

“什么是自由？”休斯问道，“宪法没有提到契约自由。它谈到自由，而且谈到未经正当法律程序，禁止剥夺自由。在谈到这一禁止时，宪法并没有承认绝对和不能控制的自由。自由在其发展阶段中有自己的历史和联系。但是，受到保护的自由是一种社会组织中的自由，它要求法律保护来反对邪恶，后者威胁到民众的健康、安全、道德和福祉。因此，宪法之下的自由必定受到正当程序的制约，为保护公众利益所采取的管理、而且与其管理对

象之间的关系是合理的话，这一管理就是正当程序。”[①]

帕里什赢得了她每周 14.5 美元的法定最低工资，更重要的是，她争取到自己合法权益所带来的间接后果——最高法院不得不承认了政府有权保护劳工权益这一基本原则。帕里什案的这一判决帮助了那些强调维护最高法院独立的参议员，因为，这说明改组最高法院看来并没有像罗斯福所说的那样迫在眉睫。从这个意义上说，罗伯茨的立场转变恰恰维护了最高法院的独立地位。因此有人说“及时转变，拯救九人”。[②]这样，罗斯福 2 月份提出的改组最高法院的法案被搁置一边。参议员们对宪法守护神的敬畏超过了对罗斯福的崇拜。后来的一位大法官颇为传神地总结了这次宪政冲突：“冲突的每一方都以自封的胜利者安慰自己：总统的政敌挫败了改组法院的法案，但总统却取得了法院改组的胜利。”[③]

接着，在 4 月份全国劳工关系局诉琼斯和劳林钢铁厂[④]一案中，罗伯茨再次和自由派法官站在了一起，最高法院以另一个 5 比 4 裁定《全国劳工关系法》合乎宪法。这一法律是新政立法中最激进的一项，有美国劳工运动的“大宪章”（the Magna Carta）之称。它赋予了在与州际贸易有关的工商业中工作的雇员组织工会的权利，并禁止雇主因为雇员参加工会活动而解雇他们。最高法院宣布，联邦政府不仅可以管理州际贸易，而且也可以管理那些影响州际贸易的活动，诸如工人组织工会的活动。它进一步指

① *West Coast Hotel Company v. Parrish*, 300 U. S. 379, 390 (1937).

② 原文是 “switch in time that save nine”, Owen M. Fiss, 1993, p. 8.

③ 伯纳德·施瓦茨、王军等译：《美国法律史》，北京：中国政法大学出版社，1997，第 180 页。

④ *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp*, 301 U.S. 1 (1937), http://laws.findlaw.com/US/301/1.html.

出，组织和选择自己的代表与雇主进行“集体谈判（collective bargaining）是雇员的一项基本权利”，“阻止这一权利自由行使的歧视和强制……都是有关立法机关谴责的合适对象”。[①] 这一裁决实际上是承认立法部门的优势地位（supremacy），彻底结束了洛克纳时代。这也是美国劳工在最高法院的法庭上，获得的最有影响的一次胜利，为建立可以与资方对抗的强大工会奠定了结实的法律基础。

至此，布兰代斯不再是孤独的异议者，开始成为自由派多数的领袖。看到自己为之奋斗的理想逐一实现，他倍感欣慰，在功成名就后，于1939年急流勇退。在1941年的美国诉达比[②]一案中，最高法院以9比0的票数判定，有关最低工资和最高工时的《公平劳动标准法》符合宪法。判决书中引用了霍姆斯当年在戴根哈特案中的异议，并明确地宣布戴根哈特案的判决偏离了宪法原则，“它应该现在就被推翻！”[③] 伟大的异议终于成为宪法解释的主流，但这只能告慰霍姆斯的在天之灵，他已经在6年前与世长辞。

（任东来　孙庆）

① *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp*, 301 U.S. 1, 33 (1937).

② *United States v. Darby*, 312 U.S. 100 (1941), http://laws.findlaw.com/US/312/100.html.

③ *United States v. Darby*, 312 U.S. 100, 117 (1941).

# 13. 当爱国主义碰上宗教和言论自由

## ——有关国旗致敬和《效忠誓词》的三个案子[①]

在美国，不论过去，还是现在，公立的中小学非常重视爱国主义教育。这种教育，形式多样，内容丰富，既有美国历史和政府这类正规的课程学习，也有唱爱国歌曲、向国旗致敬这样潜移默化的形式。通过这种爱国主义教育，培养了学生对国家的忠诚。如果考虑到美国是世界五大洲、四大洋的移民组成的国家，这个教育就显得尤为重要。一批又一批的移民子女，就这样开始了成为美国人的“美国化”进程。

从某种意义上说，是爱国主义的动机，推动美国在世界各国之中，最早建立了免费的公共义务教育。从 19 世纪中期开始，面对来自欧洲各地人数越来越多、族裔日趋复杂、语言宗教各异的移民狂潮，美国逐步建立起了免费的公立学校系统，积极帮助移民子弟更快地成为美国人。

显然，爱国主义成为美国公共教育不可分割的组成部分。但是，就在第二次世界大战期间的 1940 年，一个普通的美国家庭，却公开挑战爱国主义教育的一个重要形式——向国旗致敬的合法性。

---

① *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940); *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), http://laws.findlaw.com/US/319/624.html; *Newdow v. U.S. Congress*, http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/9th/0016423p.pdf.

## 一、违背州法校规　学童休学回家

故事发生在1936年。像所有美国公立中小学一样，宾夕法尼亚州东部矿区的麦诺斯维尔（Minersville）小学要求学生每天都向国旗致敬，并宣读《效忠誓词》（The Pledge of Allegiance）："我宣誓效忠美利坚合众国国旗及其它所象征的共和国，国家一体，自由公正与我们同在。"[①] 这是美国学校加强学生爱国主义情感的重要内容。但没有想到，有一天10岁的威廉和12岁的莉莲突然决定不再向国旗致敬。原来，他们的父母是耶和华见证会（the Jehovah's Witnesses）的信徒。这个耶和华见证会是19世纪70年代才创立的小教派，宾夕法尼亚州是它的发样地。原来叫守望会，1931年才改称耶和华见证会。

耶和华见证会的教义中，有些东西很特殊。根据《圣经旧约出埃及记》的内容，他们相信耶和华是真神，反对主流基督教的圣父、圣子和圣灵三位一体的教义。他们讨厌偶像崇拜，拒绝向

---

① "I pledge allegiance to the flag of the United States of America, and to the Republic for which it stands, one nation indivisible, with liberty and justice for all." 誓词最早是在1892年由一位浸礼会牧师佛郎西斯·贝拉米（Francis Bellamy）撰写的，此人是个信奉社会主义理想的基督教社会主义者（Christian socialist）。其堂兄弟是美国著名空想社会主义者、《回顾》(Looking Backward)一书的作者爱德华·贝拉米（Edward Bellamy）。牧师撰写的原稿中还有"平等"一词，但因为美国妇女和黑人并无平等权利，被删去。另外，"美国国旗"(the flag of the United States of America) 一语是1924年加上的，原来的文字是"吾旗"（my flag）。冷战最紧张的时期，根据艾森豪威尔总统的建议，美国国会在1954年又通过法案，在国家前面加了"上帝"一词 one nation under God（上帝保佑国家）。参见 *The New York Public Library Desk Reference*, 2nd ed. New York: The Webster's New World, 1989, p.719。就是这一增加，引发了2002年6月美国广为争议的"誓词"案。

上帝以外的任何偶像致敬。受父母和教会牧师的影响，威廉和莉莲小小年纪，就知道向国旗致敬违反他们的教义。老师再三向他们灌输爱国重要性的思想，进行细致的说服工作，但仍无济于事。而校方又不愿意因为两个小孩子，坏了学校的规矩，况且，向国旗致敬还是当时宾州的一项州法，学校必须执行。校方只好要他们退学。

威廉和莉莲的父亲戈比蒂斯（Gobitis）赶紧找到学校，表示向国旗敬礼的确是爱国情操和公民良好素质的表现，但是，这与他们的宗教信仰向背。他们很爱美国，但也崇敬上帝，并认为爱国公民也一定是崇敬上帝的人。他们并不要求学校取消向国旗致敬，而是希望不要强迫他们的孩子去从事违背他们宗教信仰的行为。学校则认为，向国旗致敬既是州法也是校规，不能通融。况且，这种爱国主义教育对小孩子有益无害，不应该有例外。既然戈比蒂斯不愿意让孩子服从，那结果只能是除名。

两个孩子不能上公立学校了，戈比蒂斯又没有钱送他们去私立学校。正在他一筹莫展之际，教会中的教友告诉他，可以求助于美国公众自由联盟（The American Civil Liberties Union），请他们来帮助争取孩子的宗教信仰和受教育的权利。

## 二、下级法院主持公道　最高法院强调爱国

在美国公众自由联盟的帮助下，戈比蒂斯向费城的联邦地方法院控告麦诺斯维尔学校侵犯他家的宗教自由。法院判他胜诉，指出“向国旗致敬不能作为学童到该校上学权利的一个条件”。学校不服，上诉到联邦第三巡回上诉法院，结果，仍然维持原判。学校还是不服，1940 年向联邦最高法院上诉，此时麦诺斯维尔学校成为了原告，而戈比蒂斯成了被告。

在此之前，也有三个拒绝向国旗敬礼的案子上述到最高法

院，但均以属于州管辖范围而被打回头。但以前的案子都是校方胜诉，而本案却是校方败诉。更重要的是，此时第二次世界大战已在欧亚大陆如火如荼地展开，美国也面临着卷入战争的威胁，故国内的爱国主义热情有所抬头。在这一背景下，最高法院破例受理了这一案件。

为了保证案子胜诉，美国公众自由联盟不仅为戈比蒂斯聘请了哈佛大学大牌法学教授，作为他的辩护律师，而且还动员国内一大批法学权威签名声援。此外，美国法律协会《权利法案》委员会[①]也以法庭之友的身份，为戈比蒂斯一家作了辩护。尽管如此，1940年6月3日，最高法院还是以8比1的悬殊票数判戈比蒂斯败诉。但雨果·布莱克（Hugo Black，1937－1971年任职）等三位开明派法官的同意着实很勉强，因此首席大法官休斯选定大法官费莱克斯·法兰克福特（Flex Frankfurter，1939－1962年任职）来起草并宣读多数意见。[②]由法兰克福特来作这个吃力不讨好的差事，实在是莫大的嘲讽。因为他本人恰恰是美国公众自由联盟的创建者之一，那时（1920）他还是哈佛大学法学教授。但休斯委托他来起草意见书，又在情理之中，并非偶然。因为他本人是出生在奥地利的犹太移民，后来才归化为美国公民。由他来执笔，旨在以身说法，加强这一判决的爱国主义色彩。

法兰克福特开篇强调，法院的一个重要责任是必须在“自由和权威的冲突中寻求协调。但是，当所涉及的自由是宗教的自由，而权威又是保卫国家民众的权威时，司法的良心（judicial

---

① the Committee on the Bill of Rights of the American Bar Association.

② 这是休斯授权传记的说法，据道格拉斯的回忆，是法兰克福特主动请缨。参见 Leonard Baker, *Brandeis and Frankfurter: A Dual Biography*, NY: Harper & Row, pp. 400－401.

*conscience*）就面临着最严峻的考验"。[①] 而在他看来，在这一考验中，当个人的宗教信仰与政治社会的利益相抵触时，则当事人便不能推卸其政治责任。

而向国旗致敬就是这样一种不能推卸的政治责任。为此，他特别论述了国旗作为国家象征的重要性。"一个自由社会的最终基础是共同情感的凝结"。这种情感是靠美国所有人民竭诚团结共同努力培养出来的，并成为世代相传的传统。"我们靠象征生活。国旗是我们国家统一的象征，它在宪法的框架内超越了我们内部的各种分歧，无论这种分歧有多么巨大"。因此，"国旗是民族力量的象征，是自由最具有意义的标志"。[②]

既然民族的团结是国家安全的基础，国旗又是国家的象征，学校可以要求学生向国旗致敬并作为强制性活动，如果以宗教的理由抵制这一活动，就会损害学校这一爱国主义的效果。因此，他希望，在"政府教育当局和学生家长的权威处于对立状态"时，家长应从大局出发，"在无损于自己权利的范围内，劝说自己的孩子理解州教育部门倡导效忠的正确性和明智性，这才是宗教宽容最生动的一面。"[③]

惟一表示不同意见的是哈兰·斯通大法官（Harlan Stone，1925－1941年任职，1941－1946年任首席大法官），正像他的名字（意为石头）所暗示的那样，他的立场冷静而又坚定，丝毫不受过分的爱国主义的影响。在法庭上，他特别向戈比蒂斯一家人表示了敬意，宣读了自己的不同意见："本案所表示的，已经不仅仅是压制言论自由，压制宗教信仰自由，这一作法理应为宪法第1条修正案所禁止，也违反第14条修正案。它所显示的是州

---

① *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586, 591 (1940).

② *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586, 596 (1940).

③ *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586, 599 (1940).

用法律强迫学生表达一种他们不愿表达的情感，这种强制已违反了他们的宗教信仰。”[①] 在他看来，向学生灌输爱国情怀，有很多其他更好的办法，大可不必强迫孩子们承认他们所不相信的东西，“诱导他们自动表示忠诚是一回事，强制他们这样做又是另一回事”。他进一步阐述说，宪法“对公众自由的保证，实际上就是对人们心智和心灵（the human mind and human spirit）自由的保证，对合理地表达这种心智心灵的自由及机会的保证”。[②]

最高法院基于政治和国际形势而非宪法基础作出的这项判决，引起舆论大哗。全国各家报纸中批评这一决定的远远多于支持的。美国中西部最有影响的一份报纸《圣路易斯邮报》（The St. Louis Post – Dispatch）的评论很有代表性：“最高法院的这一判决是违反美国原则的，我们认为最高法院已经向普遍的歇斯底里投降。如果爱国情操依赖这样的做法——违反人民最基本的宗教自由——来培养的话，那么，爱国情操就不再是高尚的，而是一种通过法律来灌入我们喉咙的东西”。[③]

## 三、判决影响恶劣　受害者法院讨公道

这一明显违反美国传统自由权利的判决，产生了恶劣的影响，远远超出了最高法院大法官们的预料。在爱国主义的旗帜下，耶和华见证会的信徒遭到无端的攻击，许多孩子被迫失学。一些历史学家甚至认为，这一案件为社会上的迫害和歧视活动开

---

① *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586, 601 (1940).

② *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586, 604 (1940) (dissenting).

③ John A. Garraty, ed., *Quarrels That Have Shaped the Constitution*, New York: Harper & Row, 1987, p. 234.

了绿灯。据美国公众自由联盟 1941 年的统计，全美共发生了 236 起攻击耶和华见证会信徒的事件，共有 1000 人次受到伤害。它甚至宣称"自摩门教徒（MORMONS）受打击以来，还没有哪一个宗教组织受到过如此的迫害"。①

社会现实令人痛心，而学术界有根有据的批评更令大法官们难堪。他们当中的一些人不得不重新思考自己的立场。在 1942 年另一项涉及耶和华见证会的案子中，布莱克、道格拉斯（William Douglas，1939 – 1975 年任职）和墨菲（Frank Murphy 1940 – 1949 年任职）等三位大法官明确表示了不同意见："因为我们在戈比蒂斯案中支持原告，我们认为现在是恰当的时机表明，我们现在相信那是个错误的决定。"道格拉斯后来在回忆录中曾经表示，他在戈比蒂斯案中太"天真"了，和其他法官一样，他为法兰克福特的智慧所慑服，"在那时，他是我们心目中的英雄。他的确对宪法法有很深的造诣，我们佩服他，不加思索"。② 另外，这时最高法院的构成也有了新的变化。保守派法官詹姆斯·麦克雷诺斯（James McReynolds，1914 – 1941 年任职）退休，其位置最后由威利·拉特利奇斯（Wiley Rutledges，1943 – 1949 年任职）填补。后者是位法学教授，以倡导保护公众自由而著名。斯通则提升为首席大法官，代替退休的休斯。斯通的遗缺由罗斯福政府的司法部长罗伯特·杰克逊（Robert Jackson，1941 – 1954 年任职）代替。

这时正好有一个类似的案子上诉到最高法院。当时，在戈比蒂斯案判决的鼓励下，西弗吉尼亚州议会通过法律，要求学校通

① Tony Mauro, *Illustrated Great Decisions of the Supreme Court*. Washington, D.C.: CQ Press, 2000, p. 228.

② William O. Douglas, *The Court Years, 1939 – 1975*, NY: Random House, 1980, pp.44 – 45.

过有关课程和课外活动加强孩子们的爱国主义教育，据此，教育局要求所有公立学校的学生和老师定期背诵效忠国家的誓词和向国旗致敬。学生如果拒不服从，将受到开除的处分。为此，有7个来自耶和华见证会信徒家庭的孩子被学校除名，学校当局甚至威胁要把他们送到少年犯教养所。

面对学校当局的专横行为，家长们不服。其中一个叫沃尔特·巴内特（Walter Barnette）的人将案子告到当地的联邦地方法院，因为他的两个女儿都被学校除名了。由3位法官组成的法院判定，拒绝向国旗致敬的行为合法，原告胜诉，公开挑战西弗吉尼亚州国旗致敬法和戈比蒂斯案。法官们这样判的一个重要原因是，他们注意到由于最高法院法官立场和构成的变化，至少会有4个大法官反对原来的判决，这就为推翻这个恶劣的先例提供了可能。当地教育部门当然不服，遂上诉联邦最高法院，这正是最高法院求之不得的。于是，立即受理。该案正式名称是西弗吉尼亚教育局诉巴内特（West Virginia State Board of Education v. Barnette, 1942），通称国旗致敬第二案。

## 四、言论自由含义泛化　法院判决影响深远

虽然该案的法庭辩论在1943年3月11日就结束了，但最高法院却有意选择6月14日——美国国旗日——这一天作出判决，它以6比3的票数决定维持地方法院的原判。这一判决的结果与三年前正好相反，这是美国最高法院历史上，立场改变得最快，也是最彻底的一次。法兰克福特仍然固执己见，发表了长达24页的异议。在他这两个国旗致敬案上的立场，使他完全疏远了自己在美国公众自由同盟中的那些老朋友。

新任大法官杰克逊起草并宣布的多数意见成为美国宪政史的华彩篇章。与戈比蒂斯案围绕着宗教自由原则展开不同，法院这

次换了一个角度，从言论自由原则来展开论述。这样做，既重申了言论自由这一最重要的公众权利，又可以避开这些耶和华见证会信徒的信仰是否真诚的难题。

杰克逊称，向国旗致敬“是一种言说（utterance）的形式。象征表达（symbolism）是原始的但却是有效的传递思想的方式。使用国徽和国旗来象征某种制度、观念、机构或个人是心灵沟通的捷径”。[①] 由此看来，法院实难认可一种强制性的言论表达形式。“如果维持强制性向国旗致敬的话，我们就必须说明《权利法案》——它保证个人说他想说的话的权利——允许公共权力来强迫个人说他并不想说的话”。而这显然是违反言论自由原则。[②]

同时，杰克逊还巧妙地提出了一个新观点：即一向被认为只是约束联邦政府的宪法第 1 修正案，同样也可以约束州和地方政府。在戈比蒂斯案中，最高法院表示它无权“成为全国的教育局”，即公立学校的国旗致敬问题只是各州教育局的专属管辖，法院不能干预；但现在，它却明确表示：“现在第 14 条修正案已适用于各州，保护公民反对各州政府和它的所有机构，教育局也不能例外”。[③]

这一判决的重要性在于它再次突出了公众权利的神圣性。杰克逊强调，“《权利法案》的根本目的是，使一些基本权利远离政治纷争所引起的难以预料的变化，把它们置于多数人和官员无法触及的地方，并把它们确立为由法院来处理的法律原则。个人对

---

① *West Virginia State Broad of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624, 632 (1943).

② *West Virginia State Broad of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624, 634 (1943).

③ *West Virginia State Broad of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624, 637 (1943).

生命、自由、财产的权利，言论自由、信仰自由和结社自由的权利以及其他基本权利是不可以诉诸于投票的，它们不取决于任何选举的结果。”①

政府当然可以采取劝说和树立榜样的办法来促进国家团结，但现在的问题是政府想用强制的办法来到达这一目的，而这将产生非常危险的后果：“那些强制办法消除异议（coercive elimination of dissent）的人不久就会发现，他们实际上正在消灭异己（exterminating dissenters）。舆论的强行一律只会导致墓地才有的寂静。”②

最后，杰克逊充满诗意地指出：“如果在我们宪法的星空上有一颗不变的星辰，那就是，无论是在政治、民族主义、宗教，还是其他舆论的问题上，没有任何官员，不管其职位高低，都无权决定什么是正确的，也无权用言语或行动来强迫公民表达他们的信念（faith）。如果有什么情形允许这一例外，那么，我们现在决不允许它们发生！”③

杰克逊铿锵有力的阐述，成为最高法院对个人权利经典性的表述。此后，他的这一声音一直回响在最高法院100多个有关个人权利案件中，构成了美国当今言论多元化、甚至是极端化的法律基石。难能可贵的是，这一判决是在战时——政府通常为了国家安全的需要暂时压制异议——作出的，这表明，最高法院在美国爱国主义高涨的时期也能保持它的独立性，勇于改正自己的失

---

① *West Virginia State Broad of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624, 638 (1943).

② *West Virginia State Broad of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624, 641 (1943).

③ *West Virginia State Broad of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624, 642 (1943).

误。

布莱克也利用这一机会来“将功赎罪”。在附议（道格拉斯加入）中，他解释自己改变的立场原因。因为向国旗致敬的“没法与第1和第4条修正案所保证的［学生］宗教自由权利全面合拍”。他还进一步阐述了自己对宗教自由条款的理解：“强制表达出来的言辞除了自欺欺人外，并不能证明忠诚。对国家的热爱必须发自自主的心灵和自由的心智（willing hearts and free mind)”。[1]

此后，美国各级政府几乎很难再通过任何一项可能会损害宪法第1修正案的法律法规。1980年代的焚烧国旗案以及有关国旗保护法的结果就是明证。[2]

## （五）效忠誓词再惹非议　全美上下拭目以待

国旗致敬第二案和80年代焚烧国旗案[3]后，在宪法第1修正案下的有关国旗问题的法律争执可以说是尘埃落定，成为铁案。但美国就是这样一个怪社会，焚烧国旗合法，但效忠国旗的誓词却有违法之嫌。就在本文已经完稿时，2002年6月底，加利福尼亚州就冒出一个这样的案子。

这次又是与国旗有关的案子，而且还是《效忠誓词》惹的祸。尽管耶和华见证会的信徒可以不再向国旗表衷心，但一般的小孩子在学校还是要诵读誓词的。早在1942年，美国国会就通过立法把誓词的内容以法律的形式固定下来。1954年，为了与

---

① *West Virginia State Broad of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 643–644 (1943) (concurring).

② 参见本书第22章。

③ 参见本书第24章《星条旗保护焚烧它的人——得克萨斯州诉约翰逊案（1989)》。

“无神论”的共产主义进行冷战，根据艾森豪威尔总统的建议，国会通过新的法律，在原来誓词中的国家前面加了“上帝”一词，变成 one nation under God（上帝保佑国家）。

多少年过去了，一代又一代的美国学童就是在诵读这一誓词中长大的。尽管 1962 年最高法院在恩格尔诉瓦伊塔尔案[①] 裁定，学校组织的祷告违法，但一直没有人对学校组织的《效忠誓词》提出异议。实际上，如果死抠起来，让学童背诵带有“上帝”的字眼儿的誓词也是成问题的。林子大了，什么鸟都有。加利福尼亚州就有一位无神论者挑战背诵《效忠誓词》的合法性。

此公名叫纽道（Michael Newdow，），也算是位奇人，先后获得过美国人最喜欢的医学和法律专业学位，拥有急救医生和律师的双重身份。随后，又创建了“真正科学第一修正案教会”。[②] 该教会相信理智和科学的力量，个人的基本自由权利。他对读二年级的女儿天天要背诵《效忠誓词》十分不满。为此，他根据自己对美国宪政史的了解，决定以法律的形式来挑战这个多少年来、千百万人都习以为常、却带有明显宗教色彩的誓词。他漫长的挑战开始于 1997 年，当时他还没有考过律师执照。2002 年 2 月他才通过考试，离他从法学院毕业已经 14 年了。

有律师资格，纽道干脆自己给自己辩护。这个案件称“纽道诉美国国会”，但实际被告名单是长长一串，从国会到克林顿总

---

① 参见本书第 16 章《校园祈祷与“分离之墙”——恩格尔诉瓦伊塔尔案（1962）》。

② 原文是 the First Amendment Church of True Science，简写为 FACTS（意为事实）。美国的华文媒体把它称为“宇宙生命教会”，不知有何根据。根据其缩写，和它对科学及美国宪法第 1 修正案的信奉，似乎可以称为“事实真相”教会。在美国创办教会就和创办公司一样方便，只要不违法，任何人都可以注册成立教会。

统，从加州政府到学区教育局。①2001 年 3 月 14 日，该案在旧金山第 9 巡回上诉法院庭辩，纽道自我辩护，舌战分别代表联邦政府、地方政府和学区的律师团。

纽道称，根据加州教育条例（California Education Code），加州学校每天都要进行一定形式的爱国主义活动。据此，他女儿所在的学区规定，每天早晨学生都要背诵《效忠誓词》。虽然学校和老师没有强迫她一定参加诵读，但在这种气氛下，他女儿因为"被迫看到和听到"老师和同学们诵读的"上帝之下"而受到伤害。②

因此，根据第 1 修正案政教分离条款，他控告 1954 年法律、加州教育条例和学校规定违法，希望法院主持公道，要求总统和国会采取行动，去掉誓词中"上帝"一语，让他的女儿能够在无神论宽松的环境下，自由成长。政府方面的律师则强调，"在上帝下"的宗教含义微不足道，况且，学校也没有强迫每个孩子都必须诵读誓词。

由于宗教在美国的影响实在太大，与公共生活和政府行为掺和在一起的事，也相当普遍，政府律师说的也是实情，没有人认为这个"上帝"二字一定就有多强的宗教意味。例如，"我们信赖上帝"一语不仅铭铸在美国政府发行的硬币上，而且也赫然悬刻于国会大厦的墙壁。联邦国会开会的开场白是牧师的祷告，最高法院也要先诵读"上帝拯救合众国和这个可尊敬的法院"后才可以开庭，联邦军队中也设有随军牧师，即使你去法庭作证，大都要向总统宣誓就职一样，手按《圣经》，发誓你所说的一切句句属实，否则你是必输无疑。

---

① *Newdow v. U.S. Congress*, http://caselaw.lp.findlaw.com/data2/circs/9th/0016423p.pdf.

② *Newdow v. U.S. Congress*, p. 9111.

但第9巡回上诉法院的一些法官一向我行我素，常有惊人之举，是所有上诉法院中最“自由化”的一个。本案的裁定再次体现了该法院法官“语不惊人死不休”的一贯风格，着实让沉浸在“9·11事件”所引发的爱国主义激情中的美国人大吃一惊。

6月26日，该法院宣布了有利于原告的判决。由古德温法官（Alfred Goodwin）起草的判决意见书称：“目前这个誓词是政府对宗教认可，这是不允许的。因为它给非信仰者一个信息：‘你们是外来户，不是这个政治共同体的完整成员，给信仰者的连带的信息则是你们是自己人（insiders），这个政治共同体所喜欢的成员’”。[①] 它援引1962年学校祷告案作为支持的例证，强调说，下级法院以“誓词中所提上帝只是一种形式而已，并不表示就认同特定的宗教信仰”为由，判决原告败诉的决定，与最高法院的决定不符。[②]

“诵读我们的国家是‘上帝保佑下’的国家，决不只是对许多美国人信奉神的一种承认。它也不是对宗教在创建［美国］共和国过程中不可磨灭的历史作用的简单描述。应该说，‘上帝保佑国家’一语在誓词的框架中是一种规范”。[③] “诵读誓词不是在描述美国，实际上它是在宣誓效忠国旗所代表的价值：团结、统一、自由和公正，1954年以后，还有一神教（monotheism)”。[④]

“尽管不能强迫学生参加誓词的诵读，但是学区在要求公立学校教师诵读和领读目前的誓词时，它无疑是在传递一个州认可这一宗教信仰的信息。”[⑤]他再次引用杰克逊大法官有关“宪法的

---

① *Newdow v. U.S. Congress*, p.9124.

② *Newdow v. U.S. Congress*, p. 9122.

③ *Newdow v. U.S. Congress*, p. 9122.

④ *Newdow v. U.S. Congress*, p. 9122.

⑤ *Newdow v. U.S. Congress*, p. 9123.

星空上有一颗不变的星辰”的名言。上诉法院还指出，尽管政府律师称誓词所包含的宗教内容微不足道（minimal），但对无神论和非基督徒来说，这是“强迫一神教的正统教义的企图，因此是不允许的”。[①]

古德温法官一针见血地指出，从其产生背景和立法的历史来看，“上帝保佑有明显的强制性效果（coercive effect）”。因为美国政府也承认，当年（1954 年）加上“上帝保佑”（under God）一语，是为了反对共产主义的斗争需要。艾森豪威尔总统签署这一法案时，特别说：“从今天起，在每一个城镇、每一个乡村学校的教室里，数百万我们的学童将会天天诵读，我们的民族和人民对万能上帝（ the Almighty ）的珍爱”。[②]

因此，他的结论是加上“上帝保佑”内容的 1954 年法律和让老师带领学生诵读的誓词的加州学区规定“违反宗教分离条款”。[③]

费尔南德斯法官（Ferdinand Fernandez）虽然同意古德温法官的基本看法（判决书的第 1－3 部分），但不同意最后的结论（第 4 部分）。他在异议中表示，“一句话，我不能接受从效忠誓词中取消‘上帝保佑’，因为显而易见，它要美国建立宗教或干预宗教自由的倾向是微不足道的（de minimis）”。[④]

这一裁决立马引起轩然大波。消息传到参议院，议员中止了原来的讨论，数分钟内便以 99 票对零票通过谴责判决并支持《效忠誓词》。当天晚上更有百多名众议员（ 多为共和党人）齐集国会山，大张旗鼓，背诵誓词，以示抗议。参议院多数派领袖

---

① *Newdow v. U.S. Congress*, p. 9125.

② *Newdouw. U.S. Congress*, pp.9125－9126.

③ *Newdow v. U.S. Congress*, p.9131.

④ *Newdow v. U.S. Congress*, p.9136.

达施勒说："法院必须推翻判决，不然就由我们来做。"众议院发言人认为："法院显然错了，我们当然是上帝庇佑下的国家。《效忠誓词》是将各种信仰的人聚在一起共享美国精神的爱国敬礼。"由于《独立宣言》中也出现过"上帝"的表述，一位参议员便夸张地说："我怀疑法官是否连《独立宣言》都视为违宪"。[①] 另一参议员则说"国父们在坟墓里也要气得头昏脑胀。这是最糟糕的政治正确举动"。

但无神论组织支持裁决。美国无神论者中心发言人札梅茨基表示："言论自由不应包括将政府变成向受控制者宣传的工具，特别是学生。"虽然纽道收到恐吓电话，但他发誓抗争到底，并计划对美元上的"我们信赖上帝"提出诉讼。他对美国广播公司(ABC)说："这是美国政府把其宗教观点强加给所有美国公民，但我正好是不赞同多数派观点的公民之一。"[②]

正当无神论者开心、有神论者痛心的时候，第二天美国最高法院的一纸判决，又产生了截然相反的结果。就在纽道案裁决的第二天，联邦最高法院以5比4裁定，俄亥俄克里夫兰市的作法——孩子不上公立学校的家庭可以用政府退还的"代金补贴

---

① 实际上，独立宣言的起草者杰弗逊倡导"政教分离"原则。他在宣言中使用了"造物主"(Creator)、"自然和自然神明的法则"(the laws of Nature and of Nature's God)等笼统提法，并未直接提及"上帝"(God)。

② 这些引语散见在6月27、28、29日《纽约时报》、美联社和ABC等媒体和网络上。

券”(voucher)[1]，送孩子去私立学校、甚至私立教会学校并不违反宪法中的政教分离原则。[2]显然，最高法院连这种变相地用公共基金支持教会、明显违反政教分离条款的作法都会首肯，还能指望它赞成第9巡回法院的判决?

坦率地讲，纽道的叫真触痛了美国社会中的一个敏感的神经，就是如何界定政教分离的明确边界。尽管美国民主之父杰弗逊声称美国宪法在“政教之间立起了一道分离之墙”(a wall of separation between church and State)。[3]但这个墙并非密不透风。在美国，最早和最积极拓殖北美大陆就是一批来自英国的清教徒，由此形成的宗教传统实在是太久太浓了，要实行完全彻底的政教分离几乎是不可能的，也是不现实的。因此，一般美国人对《国旗誓词》中的“under God”和硬币上的“in God”大都作宽泛的理解，解释为可以涵盖所有宗教信仰的“神”，如王缉思教授在本书序言中所云。可是，这一理解仍然无法涵盖像纽道这样的无

---

① 美国公立学校、特别是大城市中公立学校普遍存在着教育设施不足、师资缺乏、教育质量下降等严重问题。如何改善这些学校的状况，成为美国社会上下关注的一个政治和社会问题。其中的一个解决办法是引入竞争机制，让私立学校与公立学校竞争。因为纳税人缴纳的税款中有相当一部分是用在公立学校上，而那些送孩子上私立学校的家长就感到吃亏，因为他们交了税，孩子却上需要交费的私立学校。因此，他们要求政府按政府花费在每个学生人头上的费用，以“代金补贴券”的形式退还给他们，用于抵充一部分私立学校的学费。需要注意的是，这里的学校并不是中国人所理解那些为有钱人和专业人士子弟开办的精英学校，大多数是专为家庭收入不高的孩子的平民学校，基本上是由教会、特别是天主教会创办的。这样一来，等于是政府变相资助了教会学校。

② *Zeilman v. Simmons – Harris*, http: //laws.findlaw.com/us/000/00 – 1751.html.

③ H. A. Washington, ed., *Writings of Thomas Jefferson*, Washington, D.C.: Taylor & Maury, 1854, vol. 8, p.113.

神论者。

不过，与校园祷告直接感恩神不同，《效忠誓词》主要是对美国国家的效忠，虽然其中有“under God”一语。这就是为什么很多自由派人士可以接受禁止校园祷告的判决，却坚决反对誓词案的判决。因此，尽管联邦第9巡回上诉法院作出了有利于纽道的判决，但由于社会舆论的强烈反对，并没有立即执行，认为还需要全体法官的重新研讨。与此同时，纽道的前妻也站出来指责纽道，声称纽道并不是一个负责任的父亲，也没有对女儿的抚养权。而且他还在撒谎，他们的女儿并没有因为诵读誓词而受伤害。这一案件很可能成为昙花一现的小闹剧，但却可以让外人管窥美国法治文化的问题和无奈。

（任东来）

# 14. 战时的公众自由和种族

## ——第二次世界大战期间日裔美国人被拘留案[①]

1942年2月19日，在日本人偷袭美国夏威夷珍珠港后的两个半月后，罗斯福总统下达了第9066号行政命令，授权美国陆军部部长确定国内某些地区为“战区”（military areas），并可以对生活在战区的人加以任何必要的限制，甚至可以把他们排斥在战区之外。根据这一命令以及一个月后国会通过的一项法律，美国西海岸军区司令德威特将军（Gen. J. L. DeWitt）借口日本人入侵和颠覆的威胁，发出一系列命令，先是对西海岸各州所有祖先为日本人的居民实现宵禁，继之把他们从这一地区驱逐，要求他们到政府指定的一些集合地集中，转迁到远离西海岸的禁闭中心（detention centers）。

一共有11万以上的男女老少，包括7万美国公民，被遣送到这些禁闭中心。没有任何一级法院对其中的任何一个人做出过是否忠诚美国、是否有罪的判定。这些禁闭中心四周是铁丝网，并有武装警卫把守。未经官方批准，里面的居民不得离开。现在，几乎所有的人都认为，对公众自由和公民权利这些前所未有

---

① 平林诉美国 *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S.81 (1943)；安井稔诉美国 *Yasui v. United States*, 320 U.S. 115 (1943)；是松诉美国 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944)，远藤诉讼案 Ex Parte Endo, 323U.S.28 (1944)。译者按：这些日本人姓氏还原为汉字时，得到了我的日本学生金津大輔（Daisuke Kanazu）及其母亲的帮助，特此感谢。

的侵害并不像政府官员所说的那样，是出于军事的需要。而且，即使在当时，重要的军事和民政领导人对这一事实也并非不清楚。

好几个受到这些措施伤害的美籍日本人，选择了上法庭来质疑这些措施的合法性，并且把官司最终打到了联邦最高法院。其中最有名、可能也是最重要的一个案件是“是松诉美国”(*Korematsu v. United States*)。这一案件最好跟其他几个战时上诉到最高法院的美籍日本人案子一并讨论。

## (一) 拒绝重新安置　法院判定有罪

1942年，因为违反德威特将军的宵禁令，一个叫戈登·平林(Gordon Hirabayashi)的日裔美国人被定罪。他把案子上诉到最高法院，并申诉说，国会对军事指挥官的授权是违宪的，而且把日裔美国人与其他族裔美国人区别对待同样违反了宪法第5条修正案的正当程序条款（通常，第14条修正案的平等保护条款是质疑政府种族歧视作法的根据，但是，就其内容而言这一条款只约束各州，而不能约束联邦政府。平林所强调的是，第5项修正案的正当程序包括了约束联邦政府的反歧视原则)。

1943年6月，最高法院对平林案作出判决，维持了对平林的定罪，认可了德威特的宵禁令。它宣称，德威特的宵禁令从属于国会和总统的联合战争权，亦无违宪歧视日裔美国人之处（在另一个类似的案件安井稔诉美国 Yasui v. United States 中，最高法院得出了同样的结论)。它坚持说，联邦政府在行使宪法所授予的战争权时，拥有广泛的裁量权。在环境允许的情况下，政府行使战争权时可以违反公众自由。政府只需要说明这种行动的具体原因即可。法院还说，对民政和军事当局来说，他们在1942年初，日本侵略西海岸是一种现实性时，并非没有理由得出下面

结论：在美国的日本人社区的不忠之徒，“其人数和实力很难准确和迅速地确定”，因此，为了公众安全的利益，对该社区的全体成员实施全面的宵禁。首席大法官斯通（Harlan Stone，1925－1941年任大法官，1941－1946年任首席大法官）写到，种族区分（Racial distinctions）“对自由的人民来说，在本质上是令人可恶的”。但是，当所有的事实和环境都构成了可以这样做的合理基础时，并不排除可以进行种族区分（最高法院还认定国会和总统授予军事指挥官的实质性自由决定权也是恰当的）。

最高法院的决定是全体一致作出的，但是，罗伯特·墨菲大法官提出了附议。他同意在国家危急之际应该尊重军方判断，但也非常担心地表示，这是最高法院第一次“基于出生地或祖先背景”来对它的公民个人自由加以限制。因此，美国政府的行动已经走到了“宪法权力的极限”。

在第二年的是松诉美国案中，最高法院只能以6比3的票数裁定，把祖先为日本人的居民从太平洋沿岸地区迁走的命令合乎宪法，并维持对佛雷德·是松（Fred Korematsu）拒不搬迁的定罪。是松争辩说，这一命令是强制迁移至拘留营全盘计划的一部分。在要求他从其住处搬走的同时，它还命令他向中转中心报告，以便最终把他转送到将被无限期拘留的“重新安置中心”（relocation center）。但撰写多数意见的布莱克（Hugo Black，1937－1971年任职）大法官对此置之不理，而把问题限制在搬迁命令的合法性。他承认，比起强制性的宵禁令，这一命令是对公众自由更为严重的损害，但是他仍引用平林案中的理由，声称军事指挥官有同样的理由相信，当时的军事需要这样作。有意义的是，布莱克指出了强调种族差异的法律“可能有违法之处”，需要“最严格的司法审查”，而且，只有“迫切的公共需要”才能为这种法律正名（显然，布莱克在这里承认了，联邦政府受到一种反歧视原则的约束），但是，尚缺少足够的证据应用这一标准

来审查本案中的事实。三位提出异议的大法官提出了强有力的反对意见。罗伯茨大法官认为，多数意见孤立地谈论迁移命令的作法实在幼稚，这一命令不过是把日裔美国人集体迁移计划的第一步，他还坦率地用了“集中营”（concentration camps）这一说法。在他看来，这一计划明显违宪，因此，对是松拒绝服从的处罚是错误的。杰克逊大法官则认为，多数意见破坏了美国法律的一项基本原则：罪过属于个体而与祖先无关。它正在作出一项决定，把一种清白的行为——居住在某一地区——视为有罪，仅仅是因为这些居民属于某一特定的种族团体。无论德威特的命令是否有道理，它都超越了宪法允许的限度。在平林案中，墨菲大法官已经表示，政府的行动已到达了宪法授权的极限。现在，他认为政府的这次行为明显超过了这一极限，实实在在地“陷入了种族主义丑恶的深渊”。

就在对是松案作出判决的同一天，最高法院也对远藤案（*Ex parte Endo*）作出裁定，不论是总统的行政命令，还是国会法律都无权继续把远藤小姐继续禁闭在重新安置中心，因为远藤小姐被认定是忠诚美国政府的。但法院拒绝审查导致远藤小姐被监禁的军事命令的合宪性。

## （二）最高法院的污点　日裔美国人最终获得赔偿

现在，绝大多数的观察家和学者都认为，有关日裔美国人的案件，特别是是松案，是最高法院历史上的一大污点，是对其保护公众自由和公民权利免受政府侵害（即使在国家宣布紧急状态下）的历史责任的重大逃避。最高法院的判决受到了不计其数的当代批评，有意义的是，这些批评并没有随着时间的逝去而消失。

1945年，耶鲁大学法学教授犹金·罗斯托（Eugene Rostow，他后来曾经担任耶鲁大学法学院院长和约翰逊政府的副国务卿）发表了一篇严厉批评这些判决的著名文章，题为《日裔美国人案件：一大灾难》。它强调遣送和拘留决定“是多少年来对我们自由最糟糕的打击”，并将使最高法院在处理这些决定所演绎出来的案子时极为棘手。他认为并没有真实的证据来说明军事上的必要性。[1]

几乎同时，《哥伦比亚法律评论》也发表了一篇严厉批评的文章。[2]作者是著名大法官布兰代斯的外甥女纳内特·德比兹（Nanette Dembitz）。她详细分析了导致遣送决定的全过程，对西海岸各州政客、排外主义压力集团和大众媒体在劝说政府采取行动方面的巨大作用尤为注意，她还谴责德威特将军的种族偏见。后者曾经指出，对祖先源于日本的任何美国人，不论是第二代还是第三代，都不能相信他们已完全效忠美国。她巧妙地指出是松案中最高法院判决的明显前后矛盾。她的结论很明了：最高法院的大法官不加分析地接受了政府的指控，放弃了自己对军人控制平民合理性作出独立判断的职责。

德比兹的文章意义非凡，且有讽刺意味。因为她本人就是美国联邦政府司法部的律师，参与了政府有关宵禁令和遣送令案件的准备工作。

在他1945年文章的结尾，罗斯托注意到，因为被强制从自己的家园迁出，日裔美国人财产损失惨重，强调说他们应该得到

---

① Eugene Rostow, "The Japanese American Cases - - A Disaster," 54 Yale Law Journal 489 (1945).

② Nanette Dembitz, "Racial Discrimination and the Military Judgment: The Supreme Court's Korematsu and Endo Decisions," 45 Columbia Law Review 175 (1945).

相当的财政补偿。从拘留营出来后不久，日裔美国人就开始为这种补偿而斗争。但他们只获得了部分的成功。1948 年国会通过了《日裔美国人遣送补偿法》（The Japanese American Evacuation Claims Act）。它只补偿了日裔的不动产和个人财产的损失，但没有赔偿收入损失和磨难的精神损失。这种补偿不仅与日裔所受的伤害很不相称，而且其所规定的提供证据的标准也不易到达。结果，政府仅仅补偿了3,700 万美元了事。在不同的日裔美国人民权团体的支持下，一场要求全面赔偿的运动在 1970 年代展开了。其结果是成立了一个全国性的委员会来研究日裔被拘留的问题。这个"战时重新安置和拘留平民问题委员会"（Commission on Wartime Relocation and Internment of Civilians）在 1982 年结束了它的工作，发表了一份报告。在谈到重新安置和拘留问题时，它指出："造成这些决定的显著的历史原因是种族偏见、战时的歇斯底里和政治领导的失误"。它建议对至今还活着被拘留过的人，每人赔偿 2 万美元。直到 1988 年，美国国会才通过法律实现了这一建议。

## (三) 为名誉和权益而战　四十年错案一朝洗

就在委员会结束它的工作时，平林、是松和安井稔在一些民权组织的支持下，几乎同时开始了平反各自错案的努力。利用不太为人所知的"错案补救令状"（*writ of coram nobis*[①]，一种要求法院基于新发现的事实重新审查过去判决的权利），他们要求联邦法院撤消战时的定罪，并认定政府行为有误。这要感谢一位名叫彼得·伊龙斯（Peter Irons）学者所作的研究，使他们的努力有

---

① 拉丁文，意为先前（before us）。目前美国联邦民事程序议事规则已取消这一令状——译者。

了成功的希望，并保证他们获得了公平听证的机会。[①]他们强调，政府有意向最高法院藏匿了能够质疑其行动合理性的信息。以平林案为例，政府曾经说没办法对特定的日裔美国人采取有选择的行动，但它手头上的一份海军情报军官的报告却说，可以这样作。在是松案中，政府方面说一份军事报告表示，西海岸的间谍活动正在帮助日本人的战争行动，但政府拥有与之完全相反的报告，它们来自联邦调查局和联邦通讯委员会的首脑。最后，三份"错案补救令状"的申请者都获得了平反。而且，几个复审他们案子的联邦法院在它们的裁决书中，都尽可能地表现出对他们的同情以及对政府官员战时行为的不快。[②]

可以有充分的信心说，美国宪政的现代发展几乎彻底否定了有关战时日裔美国人案的法律权威。同样可以明确地肯定，最高法院如果再次面临类似的问题，将不会同意联邦政府在行使权力时，进行这类种族歧视。可喜的是，此后这类考验再也没有出现过。[③]

[查尔斯·麦克莱恩（Charles J. McClain）著，任东来译]

---

① Peter Irons, *Justice at War*, New York: Oxford University Press (1983).

② See for example *Korematsu v. United States*, 584 F. Supp. 1086 (1984).

③ For a collection of articles on the Japanese American relocation and the quest for redress, see Charles McClain, ed., *Asian Americans and the Law: Historical and Contemporary Perspectives*, vol. III, New York: Garland Publishing Co. (1994).

# 15. 吹响结束种族隔离制度的号角

## ——布朗诉托皮卡教育管理委员会案（1954）[①]

美国的《独立宣言》，开宗明义就讲“人人生而平等”。但一个莫大的讽刺是，美国建国后的最初80多年，绝大多数黑人惨遭奴役；美国内战后，南方黑奴虽然获得解放，但制度化的种族歧视却长期存在。黑人和有正义感的白人，为黑人的自由和解放进行了不懈的努力。他们的很多斗争成果都通过最高法院判决的形式而固定下来。

20世纪40年代以来，美国联邦最高法院审理了一系列案件，确认和保护了美国黑人起码的公民宪法权利。其中尤以1954年布朗诉托皮卡教育管理委员会案（Brown v. Board of Education of Topeka）（以下简称布朗案）最具有代表性。它宣布公立学校中的黑白种族隔离制度违反宪法，由此撕开了美国南方种族隔离制度的缺口，吹响了全面废除种族隔离制度的号角，成为黑人民权运动和结束种族隔离制度斗争的一个里程碑。

## （一）“隔离但平等”种族隔离合法化

美国立宪建国时，南方和北方达成妥协，南方保留它的奴隶制，北方实行它的自由雇佣制。这种“一国两制”的格局经过妥

---

① *Broun V. Board of Education of Topeka*, 347 U.S.483 (1954), http: //laws.findlaw.com/US/347/483.html.

协，勉强维持到1850年代。斯科特案的一纸判决，打开了南方奴隶制通向西部土地的大门，“一国两制”瓦解。随着主张限制奴隶制的共和党人林肯当选总统，南方蓄奴州纷纷脱离联邦，另立中央。1861年，南北战争最终爆发。

南北战争虽因奴隶制而开打，但联邦政府却是为维护国家的领土完整而战，并非为结束奴隶制度而战。可是，要想取得战争的胜利，北方就需要对南方进行一次“十字军”式的征伐，弘扬战争的正义性和北方道德上的优越。1863年，林肯发表了著名的《解放宣言》，宣布南方叛乱州的奴隶彻底解放。

美国内战以南方的失败而结束。为了巩固战争的胜利成果，也是为了争取南方自由了的黑人的选票，共和党占绝对多数的联邦国会借军事胜利的余威，一鼓作气通过了三项宪法修正案：宪法第13项修正案宣布奴隶制为非法（1865年提出并批准）；第14项修正案推翻了斯科特的判决，承认黑人的联邦公民地位，并以限制州权的形式对种族平等作了权威的表述：“任何一州，都不得制定或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律；不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产；在州管辖范围内，也不得拒绝给予任何人以平等法律保护。”（1866年提出，1868年批准）；第15项修正案则保证了黑人的选举权（1869年提出，1870年批准）。这三项宪法修正案，特别是第14项修正案在美国历史上产生了极大影响，有“第二次制宪”之说。

凭借这些修正案及其派生出来的相关联邦法律，依靠驻扎在南方各州联邦军队的保护，南方的黑人建立了政治组织，积极参加选举，利用手中的选票，在一些事关他们自身利益的重要问题上发挥影响和作用。结果，在战后很短的时期内，南方的一些黑人就进入了州议会和国会，并把免费的、种族混合的公立教育制度推广到了南方。

不幸的是，黑人的这一地位和影响是短暂的。当南方战后重建时期（1866－1877年，由联邦政府和军队对南方叛乱各州实施占领和直接管理）结束，联邦军队撤出南方以后，南方从前的奴隶主就开始反攻倒算，而黑人在整体上根本就不是他们的对手。这也难怪，刚刚摆脱奴役地位的黑人，政治上相当幼稚，经济上十分脆弱，自治能力较差，在他们参政期间，基本上是根据国会重建法案建立的军政府掌权，没有什么制约机制，营私舞弊的腐败现象非常盛行。1880年代以后，黑人在重建时期所获得的各项权利逐步丧失，开始重新陷于被奴役的地位。

白人种族主义占主导的南方立法机关，开始以法律的形式对黑人进行种族歧视，建立种族隔离制度。尽管1875年《民权法》禁止在公共设施方面歧视黑人，但最高法院在1883年的民权案①中却裁定：第14项修正案所针对的是政府行为，因为它是这样规定的："政府不得……"，所以，"侵犯个人权利的个人行为不在修正案适用范围之内。"显然，在"官府弱、民间强"的美国社会环境和历史传统中，个体的社会生活所面对的几乎都是"非政府"的"个人行为"，因此，这一判决实际上是为制度化歧视黑人开了绿灯。

具有讽刺意味的是，奴隶主出身的大法官约翰·哈伦（John Harlan，1877－1911年任职）提出了强有力的异议。他认为，禁止私人歧视是合乎宪法的。他以第13项修正案废除奴隶制为例，指出它并不只是适用于各州，而且也适用于种植园主个人。他争辩说，种族歧视是奴隶制度的标志，同样应该被看作不符合宪法。他还指出，按照第14项修正案规定，美国出生的黑人都是公民，而按照宪法第4条第2款的规定："每一州的公民都有权

---

① *Civil Right Cases*, 109 U.S. 3 (1883), http://laws.findlaw.com/US/109/3.html.

利获得其他州的公民所享有的全部特权和豁免权”，因此，黑人自然享有平等的权利。

但哈伦无法说服那些保守的同僚。后者在1896年普利西诉弗各森案[①]的判决中，进一步认可了种族隔离制度的合法性。最高法院裁定：路易斯安那等州通过的在列车上将白人与黑人隔离的法律并不违宪，由此确立了臭名昭著的“隔离但平等”（separate but equal）的原则。哈伦再次表示不同意见：“我们的宪法是不承认肤色差别的，它不承认、也不容忍公民中间出现等级。……在涉及国家最高法律所保障的人权时，法律不分环境和肤色，对所有人一视同仁”。[②]

有最高法院撑腰，南方各州更加肆无忌惮推行种族隔离制度。到第一次世界大战前夕，在美国南方，立法机关在“隔离但平等”的幌子下，制订了系统全面的种族歧视法律，统称《杰姆·克劳法》[③]。在铁路、教堂、学校、图书馆、候车室、售票处、剧院、旅馆、公园、居住区以及公共娱乐场所，甚至江河湖海的渡口都实行了种族隔离制。隔离成为制度，但平等却不存在，对黑人的歧视遍布美国社会的各个角落，无孔不入。到处是“仅限白人”（only for white）的标志，包括亚裔在内的有色人种受到广泛的歧视。

---

① *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896), http: //laws.findlaw.com/US/163/537.html.

② *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 559 (1896).

③ 杰姆·克劳（Jim Crow）原是一个剧中黑人滑稽角色的名字。1799年首次在波上顿舞台出现。1830年又成为一首黑人流行歌曲的名字。后来杰姆·克劳成为对黑人的蔑称。南部重建后，南部各州通过立法或其他手段对黑人实行的隔离和歧视，这些歧视性的法律被统称为《杰姆·克劳法》。

## （二）小人物挑战旧制度　协进会大力帮助

哪里有压迫，那里就有反抗，是一项亘古不变的真理。反抗的形式多种多样，在美国，主流黑人反对种族歧视的最主要武器就是宪法，特别是宪法第14项修正案，战场则是各级法院。为了自己的权益，美国黑人进行不屈不挠的抗争，从来没有停止过。第二次世界大战加速了黑人争取平等权利的斗争。二战期间，大批黑人从军参战，与他们的白人兄弟并肩战斗，英勇杀敌。他们的英勇表现，加上冷战中反苏反共的宣传需要，促使民主党总统哈里·杜鲁门（Harry Truman，1945—1953年任职）在1949年发布第9981号总统行政命令，废除了美国军队中的种族隔离制度。同时，二战期间大量黑人从南方涌入北部和西部地区，投身于国防工业和其他产业部门，满足了美国国内战时生产扩大对劳动力的巨大需求。不论是当兵打仗，还是工业生产，黑人的潜力得到发挥，自信心加强，平等意识提高，再也不愿忍受种族隔离这一枷锁，纷纷投身于争取平等权利的斗争中。有关公民权利的案件层出不穷。其中平等的教育权最为引人注目。

在现代社会中，能否得到良好的教育几乎决定了一个人一生的成败。对于受益于50年代经济繁荣的黑人中产阶级家庭来说，没有什么比孩子的教育更为重要，也更揪心的了。在绝大多数实行黑白分校、种族隔离的南方地区，仅就师资配备和教学设施而言，白人学校与黑人学校简直是天壤之别，不可同日而语。因此，结束种族隔离制度的战斗从教育制度上开始，也就不足为奇。奥利弗·布朗（Oliver Brown）无意中，成为这场斗争中的一位主角。

布朗是位受人尊敬的黑人牧师，住在美国堪萨斯州中西部一个叫托皮卡的小镇。该州位于美国中部，本来不应该有奴隶制，

但是，1850年代，为了保持摇摇欲坠的南北政治力量平衡，缓解南北因奴隶制扩张问题而带来的南北冲突，美国国会通过了著名的《堪萨斯－内布拉斯加法案》，允许奴隶制在堪萨斯存在，为此还酿成了美国内战的序曲——“堪萨斯流血”。内战期间，堪萨斯留在联邦，奴隶制和平地废除，奴隶主也得到补偿。内战后，虽然也有种族隔离制度，但不像南方那样严重。布朗居住的社区就是以白人居民为主，他可爱的女儿琳达（Linda Brown），一直和白人邻居的孩子友好相处，一起玩耍。可是当琳达8岁要上小学时，她却不能上近在咫尺的萨姆小学。校长无可奈何地告诉她爸爸，他不能接受琳达，因为州法规定黑白分校，黑人只能上黑人的学校。这意味着琳达必须每天早起，穿过一个危险的铁路交叉口，再坐校车，到离家20个街区远的门罗小学上学。

牧师虽然一向心平气和，与世无争。但这一次，想到自己弱小的孩子，经常要顶风冒雨，穿越铁路，去赶校车，他却沉不住气了。而且，更可怕的是，琳达可能永远要在低白人一等的学校中读书，想到这里，牧师阵阵心痛。他不想让聪明的琳达，像很多没有受到良好教育的黑人姑娘那样，给人家洗盘子烧菜。于是，他决心用法律武器讨回女儿平等的教育权。决心一定，牧师便拨通了他的朋友麦金利·伯内特（McKinley Burnett）的电话，请求帮助。伯内特是全国有色人种协进会（the National Association for the Advancement of Colored People，简称NAACP）[①] 当地分会的主席，他立马就支持布朗的请求。因为从30年代起，NAACP就把废除黑白分校作为推翻种族隔离制的突破口。

根据NAACP的调查，教育领域中根本不存在“隔离但平等”的情况，恰恰是根本的不平等。在全美19个实施黑白分校的州

---

① NAACP：全国有色人种协进会成立于1909年。它的宗旨是，开展合法斗争，利用法律手段为黑人争回宪法保障下的权利和平等。

中，白人学童平均每人的教育经费是黑人学童的2.5倍，白人教师的薪水是黑人教师的2倍。而且，其中有17个州没有给黑人提供与白人相当的研究生和专业教育。[①] 1935–1950年间，在NAACP的帮助下，有四位黑人大学毕业生在最高法院打赢了争取平等接受研究生或专业教育的权利的官司。在其中1950年的一个案子中，最高法院裁定，得克萨斯州必须允许黑人学生进入白人大学的法学院学习。但是，在这些判决中，最高法院只强调黑人学生应该享有“平等”待遇，而回避对“隔离”本身是否合乎宪法进行司法审查。尽管这些案件一定程度上侵蚀了黑白分校制度的法律基础，但是，由于它们只涉及极少数的黑人研究生，而且都发生在密苏里、俄克拉何马和得克萨斯三个种族歧视的“非重灾区”，因此，并没有产生很大的社会后果，影响有限。

相对而言，基础教育则涉及到千家万户人的直接利益，显得尤为重要，种族隔离和歧视也特别顽固。因此，它自然成为NAACP的下一个目标，同时也是白人种族主义者竭力维护的堡垒。在NAACP的支持下，布朗和其他一些家长把当地公立学校的主管机构——托皮卡教育委员会告上法庭，要求禁止在托皮卡的公立学校中实行种族隔离。1951年6月25–26日，堪萨斯州联邦地区法院开庭审理布朗案。

在审判中，NAACP的律师明确指出，隔离制度严重危害了黑人学童的身心健康。黑人学生感到，无论他们如何用功，成绩如何出色，都不会有人理睬他们。在白人学童占90%的堪萨斯州，隔离制度的结果是剥夺了黑人学童与主流儿童社会的交流，事实上使他们处于一种低人一等的地位，因此，黑白分校种族隔离学校就是一种不平等。

---

① 原文是professional education，在美国通常是指律师、医生这类本科生后、非学术性研究生教育。

但教育委员会却振振有辞，声称种族隔离制度已渗透到人们生活的许多方面，隔离学校也是为黑人孩子成年后所面临的、社会上的种族隔离做准备。它还提出，黑白分校未必就会危害黑人学生身心健康，并以卓有成就的黑人弗雷德里克·道格拉斯[①]、布克·T·华盛顿[②] 等人为例。

面对控辩双方的说辞，地方法院的三个法官采取折衷立场。他们一方面承认，黑白分校种族隔离使黑人学生产生一种自卑感，影响孩子学习的热情。另一方面，他们拒绝作出推翻“隔离但平等”原则的决定，并强调托皮卡镇上黑白学校的校舍和老师的教学质量相差无几。最后，法院站在了教育委员会一边。但布朗和NAACP决不言输，把案子上诉到联邦最高法院。

## (三) 决战最高法院　马歇尔精心准备

这一时期，在全国有色人种协进会的统一协调和周密准备下，同时有5个涉及中小学黑白分校、种族隔离的类似案子上诉到最高法院，除布朗案，它们分别来自南卡罗来纳、弗吉尼亚、特拉华州和首都华盛顿。1951年12月，最高法院决定将5个案件一并审理，因布朗案按姓氏排在第一，故通称布朗案。

这组案件可以说是万众瞩目，一时成为各大报纸的头条新闻。黑人关注它，因为这事关他们的孩子能否和白人儿童一样享受平等的教育；南方的白人提心吊胆，因为种族隔离已经成为他们的一种生活方式，最高法院的决定可能会从根本上颠覆“白人

---

① Frederick Douglass (1817 – 1895)，奴隶出身的美国19世纪著名废奴主义者、作家，曾经出任美国驻海地大使。

② Booker T. Washington (1856 – 1915)，奴隶出身的美国教育家，以强调黑人逆来顺受、自强不息、渐进改良而著名。

优越”的种族观和种族隔离制度。就连美国国务院的外交官也翘首等待，因为美国国内种族歧视的现实大大损害了他们为了冷战需要，而在亚洲和非洲为宣扬美国式民主、自由和平等价值观所作的努力。

为了确保成功，NAACP的组成了由瑟古德·马歇尔（Thurgood Marshall）为首的律师团。马歇尔是美国当时最出色的黑人律师之一，他1933年以第一名的成绩毕业于著名黑人学府霍华德大学（Howard University，在美国首都华盛顿）法学院，不久就效力于NAACP，致力于黑人民权事业，创建并担任NAACP所属的“法律辩护和教育基金”（Legal Defense & Educational Fund）的主任，专门为黑人争取平等的教育权利。

到1962年民主党总统约翰·肯尼迪（John Kennedy，1961－1963年任职）总统提名他为联邦上诉法院法官为止，马歇尔在其23年的律师生涯中，经手了无数案件，直接出庭辩护的重要民权案子就有32件，他打赢了其中的29件。在他那个时代，他打赢的民权官司比任何人都多，上述四个有关研究生教育的案子中，有三个是他打赢的。由于他对美国黑人民权以及美国民主制度改善的巨大贡献，经民主党总统林登·约翰逊（Lyndon Johnson，1963－1969年任职）提名，马歇尔在1967年成为美国历史上第一位黑人大法官（1967－1991年任职）。

1952年12月9日，在万众瞩目之中，最高法院开庭审理这组案子，辩论进行了三天。利用“布兰代斯诉讼法”[①]，马歇尔大胆地使用了30多位社会学者和心理学者对种族隔离问题所作

---

① Brandeis brief，指律师书面辩护时，着重引用案件所涉及的社会事实和统计数据，而不是法律先例，来为自己服务对象辩护的作法。这一方法为有“民众辩护士”之誉的布兰代斯（Louis Brandeis）在20世纪初首创，故名。

的社会调查成果，指出种族隔离的教育制度极大伤害了黑人学生的自尊心，造成了他们的自卑感，因此，隔离从根本上造成了不平等。其中的一项调查非常简单，但极有说服力。让黑人学童从四个圆点——两个白色，两个棕色——中选择他们最喜欢的，结果，从马萨诸塞到阿肯色，几乎所有的黑人学童都选择了白色。调查者强调，这一结果说明他们不喜欢自己的肤色，产生了下意识的自憎（self - hatred）意识。

马歇尔强调，黑人学童这种低人一等的自卑心理会有两个结果，或者不求进取，影响他们潜力的发挥，或者破罐子破摔，形成对社会不满的暴躁性格。这些对整个社会都是有百害而无一利。因此，在现行的种族隔离的教育制度中，黑人学童根本无法获得白人学童从教育中获得的同样能力和健康心理，这严重违反了宪法第 14 项修正案中的“平等法律保护”原则。既然最高法院已将高等教育中的隔离政策宣布为非法，同样的原则也应该适用于中小学教育。

为弗吉尼亚案子辩护的该州司法部长阿尔蒙德（J. Lindsay Almond）无法反驳马歇尔的论据，退而强调社会稳定的重要性。指出，如果最高法院作出结束黑白分校的决定，“将会毁掉弗吉尼亚的公立学校系统”。像很多南方人一样，阿尔蒙德认为，地方教育官员和家长宁可关闭公立学校，也不愿黑白混校。

替南卡罗莱纳辩护的是约翰·戴维斯（ John W. Davis ），此公是当时美国最负盛名的律师，有“律师中的律师”（lawyer's Laywer）之称。[1] 早年曾经当过联邦政府司法部副部长（1913 - 1928），而且是 1924 年民主党总统候选人。此公尤其擅长打赢最高法院的官司，先后 141 次在最高法院出庭辩护，其数量之多仅

---

① William Harbaugh, *Lawyer's Lawyer: The Life of John W. Davis*, NY: Oxford University Press, 1978.

次于19世纪早期的韦伯斯特。戴维斯首先强调，实行何种形式的教育制度完全是各州的权力，而与联邦政府无关。接着，他又对黑人家庭是否真愿意黑白混校以及混校一定就好表示怀疑，并对马歇尔所利用的社会调查结果不屑一顾，声称“那大部分都是以社会科学的名义，来为自己偏见寻找遁词的把戏”。[①] 最后，他威胁说，强行结束黑白分校的种族隔离制度，必然会造成南方种族关系的紧张和社会动荡。

庭辩期间，从大法官的询问中，马歇尔感觉到最高法院还没有作好行动的准备，特别是首席大法官弗雷德·文森（Fred Vinson，1946～1953任职）根本就不愿意推翻普利西案确立的先例。果然，最高法院9名大法官，主张取消和保留种族隔离的法官各占一半，无法作出判决。剩下的一位大法官是费利克斯·法兰克福特（Flex Frankfurter，1939～1962任职）则处在矛盾之中。这位布兰代斯在哈佛大学的高足，像他的精神导师一样，同情弱者，奉行司法克制的哲学。一方面，他为马歇尔强有力的论据所折服，承认教育中的种族隔离是对黑人平等权利的剥夺，应该废除；另一方面，他也觉得宪法的第14项修正案无意禁止公立教育中的种族隔离，否则，最高法院一直都是在错误地解释了宪法。而且，他还认为，种族隔离制度在美国社会中根深蒂固，影响广泛，如果最高法院要推翻它的话，最好全体一致，显示最高法院的认识统一，不然的话，会损害法院判决的权威性，为南方种族隔离制度的维护者抵制法院决定提供可乘之机。为此，他建议推迟判决，进行第二次庭辩，并要求双方在下面三个问题上作好准备：（1）用历史证据说明，宪法第14项修正案的制定者是否打算在公立学校中明确禁止种族隔离；（2）用历史证据说明，

---

① Tony Mauro, *Illustrated Great Decisions of the Supreme Court*, Washington, D.C.: CQ Press, 2000, p.22.

国会的其他法律是否明确禁止过种族隔离教育的行为；(3) 如果缺少这些证据，能否说明为什么必须要由最高法院来推翻种族隔离教育制度。

最高法院接受了法兰克福特的建议，在1953年5月宣布，同年秋天开庭再审，并要求联邦司法部以"法庭之友"[①] 的身份出庭，说明联邦政府的看法和建议。就在第二次庭辩举行前夕，首席大法官文森于9月因心脏病突发去世。共和党总统德怀特·艾森豪威尔（Dwight Eisenhower，1953－1961）提名厄尔·沃伦（Earl Warren）继任。听说这一提名后，倍受两难立场折磨的法兰克福特不由得感叹："我平生第一次真地感到世间有上帝存在"。[②] 沃伦是何方神仙，竟然让法兰克福特有如此感叹。要知道法兰克福特可是位资深的大法官（1939－1962年任职），与他同年担任大法官的道格拉斯（William Douglass，1939－1975年任职）曾写到：法兰克福特"是我们的英雄"。[③]

## (四) 出掌最高法院　沃伦重审布朗案

这位令"英雄折腰"的沃伦，曾经破记录地连任三届加利福尼亚州州长（1942－1952）。虽然一生都是一位忠实的共和党人，但他却坚信进步主义，注重公正独立，深受选民的爱戴。最能说明他独立品格的是，1938年，他成为共和党、民主党与进步党三党的共同候选人，被选为加州的司法部长（检察长）。1946

---

① 原文为拉丁文"Amicus Curiae,"，指向法院呈送和说明与案件相关的申辩材料，表达对法院所受理案件看法的非当事方（第三方）。

② David Halberstam, *The Fifties*, New York: Villard Books, 1993, p.416.

③ William O. Douglas, *The Court Years, 1939－1975*, NY: Random House, 1980, pp.44－45.

年，他以共和党和民主党两党共同候选人的身份连任州长。他还是1948年共和党副总统候选人，拥有问鼎国家领导人的实力。但在1952年共和党党内总统候选人提名过程中，沃伦力主由退役将军艾森豪威尔竞选总统，为后者的当选立下了汗马功劳。作为回报，艾森豪威尔对沃伦许诺，一旦首席大法官出缺，便提名他接任。作为过渡，沃伦同意先担任联邦司法部长，正式任命尚未下来，文森却突然去世。这时，艾森豪威尔有些犹豫，因为他摸不准沃伦是否会跟共和党保守的施政纲领保持一致，沃伦不得不及时提醒艾森豪威尔履行诺言。结果，这一任命成为艾森豪威尔的"千古之恨"。[①]

与很多美国政治家和大法官的家庭背景不同，沃伦生在一个普通工人的家庭，父母是来自北欧的移民。他生长在加州一个铁路城镇，父亲是铁路上的机修工。在这个边疆小镇上，罪犯的无法无天，特别是腐败的吏治为罪犯提供保护伞的行径，给他留下了刻骨铭心的印象，成为他学习法律的最初动机。为了供自己上大学，沃伦总是利用漫长的暑假在铁路上打工，这一经历使他对下层劳工和他们的困境有较深的理解和同情。此外，西海岸猖獗一时的排斥亚洲裔居民的做法，以及他自己身体力行，在二战期间执行联邦政府的命令，把加州日裔居民驱逐到集中营的经历，也让他认识到种族主义的可憎面目。在后来的回忆录中，他对自己积极执行命令的作法充满了悔意。

沃伦中学时代的母校很差，在他之前没有人考上大学。1912

---

① 艾森豪威尔总统在民权问题上颇为保守，他认为民权问题首先是道义问题，而非法律问题。他还担心，沃伦法院的决定会导致南方出现动乱，甚至社会解体。因此，在私下里，他把任命沃伦出任首席大法官看成是他"平生所犯的最大的傻帽儿错误"。引自威廉·曼彻斯特：《光荣与梦想：1932—1972年美国实录》，第三册，商务印书馆，1979，第1036页。

年和1914年他先后从加州大学伯克利校区获得学士和法律学位。从1925年开始，他担任基层检察官（district attorney），一干就是13年。他执法严厉，但却非常公正，在1931年一项全国范围内的检察官调查评估中，他被列为全美最出色的基层检察官之一。

贫寒的出身，长期的基层执法工作经验，为官一方、独当一面的州长经历，铸造了沃伦与众不同的品格。虽然美国最高法院大法官几乎个个出类拔萃，人人身怀绝技，但很少有沃伦这样丰富的行政经历。沃伦对弱势社会群体的关注，表现在他庭审时不断地询问辩护律师的一句口头禅上："但你可公正？"（but were you fair?）。他丰富的政治技巧，也使最高法院泾渭分明的保守和开明两派，相安无事，相互配合。斯图尔特大法官（Potter Stewart，1958—1981年任职）由衷地赞扬说："他是位天才的领导人，你尊敬他，你爱戴他"。①

尽管沃伦执掌最高法院，形成了有利于NAACP的形势，但马歇尔他们仍不敢有丝毫的松懈。为寻找最高法院所需要的证据，NAACP组织了25名优秀的历史学家日夜研读历史文献，寻找历史根据，但收效不大。于是，马歇尔决定放弃依赖历史文献的做法，重新回到强调种族隔离教育对黑人学生造成严重心理伤害的老策略上。

整整一年后，1953年12月8日，最高法院再次审理布朗案。庭辩中，马歇尔还是突出黑白分校对黑人学童的身心伤害，同时也根据历史学家的研究，援引当时国会议员的各种言论，指出第14项修正案的目的，就是要彻底铲除种族等级制度的所有残余。因此，应该立即废除黑白分校种族隔离的制度，让黑人获得平等的宪法权利。联邦司法部的代表也指出，第14项修正案旨在表

① Bernard Schwartz, *Super Chief: Earl Warren and His Supreme Court: A Judicial Biography*, New York: New York University Press, 1983, p.31.

达一种广泛而持久的目标，保证所有人在法律之下享有完全和充分的平等。不过，司法部认为，为了公众利益，最高法院应该给予种族隔离的学校体系必要的时间来进行调整，为黑白混校作准备。而且，如果作出混校裁决，也应该由下级法院，根据各地的不同情况去酌情执行。

虽然案件仍叫布朗案，但黑人人口较少的堪萨斯州已经不那么积极为隔离制度辩护了，正像该州助理司法部长在第一次庭辩中承认的那样，因为黑人占全州人口的很小一部分，而且黑人学校和白人学校各方面相差无几，结束公立学校中的种族隔离制度并不很困难，也不会引起白人的坚决抵制。现在，马歇尔他们的目标是种族隔离最为严重的一个南方州——南卡罗来纳。为南卡辩护的仍然是大名鼎鼎的戴维斯，他并不认为马歇尔所引用的议员看法有多大说服力，因为当年第39届国会通过第14项修正案后不久，又批准在首都华盛顿实行种族隔离的公立学校制度。可见，当时的议员并不认为种族隔离与宪法修正案有什么矛盾。这是戴维斯最得意的撒手锏，民权律师的确很难直接反驳。

在整个庭审过程中，沃伦很少插嘴，静静地聆听着双方的辩论。他为马歇尔等民权律师的慷慨陈词所感动，更为黑人学童因种族隔离所受到的身心伤害而震惊。对他来说，戴维斯的撒手锏已无足轻重，重要的已经不是宪法修正案制定者的最初动机，而是黑人学童所受不公正对待的残酷现实！在庭辩结束后的大法官会议上，沃伦认为不应该再纠缠于第14项宪法修正案制定者的“本意”，也不应再拘泥于司法先例的条条框框，而应该充分体察社会现实，看看种族隔离制度是否使黑人处于不平等的法律地位。

沃伦丰富的政治经验也让他意识到，白人至上，歧视黑人已成为美国白人的一种普遍的社会心理，而种族隔离制度在南方更成为一种生活方式。要废除这一制度必然会引起南方各州的强烈

反对和抵制，如果操之过急，就会欲速而不达，引发社会动乱。因此，必须把这一决定可能引起的反对和震动减少到最低程度。

为了作到这一点，必须设法让所有的大法官一致同意黑白分校违宪的决定。为此，沃伦开始了长达数月的“思想”工作。1954年4月底，他说服了最后一位反对派斯坦利·里德（Stanley Reed, 1938－1947年任职），这位来自南方肯塔基州的大法官，因其在经济问题上的开明立场，而被罗斯福总统（Franklin D. Roosevelt，1933－1945你任职）提名为大法官。但他在社会，特别是民权问题上却一向保守。能够说服他接受废除黑白分校制度，显示了沃伦的耐心和技巧。这期间，全美国，特别是新闻界都翘首以待，等待最高法院的判决。在最高法院通常作出裁决的每个星期一，记者们总是满怀希望而来，一脸失望而回。

## （五）一纸判决垂青史　种族隔离穷途末路

1954年5月17日，又一个星期一。无精打采的各路记者再一次汇集在最高法院的记者休息室。中午时分，法院的新闻官突然走了进来，以颤抖的声音宣布：“有关黑白分校案子的判决即将在法庭宣布。”记者们精神顿时为之一振，冲到法庭。与以往不同的是，这次法院没有事先把判决书印发给大家。为了显示大法官们的团结，因心脏病住院的杰克逊大法官也特地抱病前来。

没有人知道这将是一个什么样的判决，惟一肯定的是，它影响巨大，可能是斯科特案以来最高法院历史上最重大的时刻。大厅里鸦雀无声，死一般寂静，似乎是为了有意缓和紧张的气氛，沃伦没有立即宣读判决结果，而是空发议论，不时地引用一些社会学家和心理学家有关黑人学童智力发展的论述。进入正题后，他开始不紧不慢地宣读起判决，先是回顾了大家熟得不能再熟的案情，迟迟没有涉及法院的决定。下面的记者则急得直闹心。美

联社记者的即时新闻稿很能反应当时的景象：

12点57分：首席大法官沃伦将宣布判决。结果如何，尚难预料。

1点12分：尚未宣读结果。不敢肯定隔离制是否会被取缔。

1点20分：沃伦终于触及判决书的核心。

针对第14项修正案的本意如何、是否包含了禁止黑白分校内容这个问题，沃伦指出，不论是双方律师所引用的证据，还是法院自己研究发现的材料，都不能够给予圆满的答复，因为当时的公立学校还不成气候，议员自然不会去讨论尚不存在的问题。而且，最为重要的不是过去如何，而是现在怎样。"我们不能让时钟倒转到1868年，第14项修正案被通过时；甚至不能倒转到1896年，普莱西案裁定时。我们必须从公立教育已经充分发展及其目前在全国人民生活中的重要性这个角度，来考虑公立教育。只有这样，才能判定，公立学校的种族隔离是否剥夺了原告享有的平等法律保护的权利"。[①] 因为，时至今日，公共教育已经成为政府提供的最重要的一项服务，并转化为所有人应该平等享有的权利。

接下来便是一个更为关键的问题：为黑人和白人提供相互隔离的学校是否违反了平等的教育权呢？最高法院的回答是肯定的。它引用社会科学的调查研究的数据，说明隔离对黑人学童所造成的心理伤害。"仅因种族不同，而使少数族裔学童与其他年龄相仿、学力相当的儿童隔离，势将使其痛感社会地位低贱，进而摧折其身心至于无法弥补。……本庭的结论是：公共教育事业决不容许'隔离但平等'原则存在。隔离的教学设施，注定就是不平等。"[②]

---

① *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483, 492 – 493 (1954).

② *Brown v. Board of Education*, 347 U. S. 483, 494 – 495 (1954).

部分地为了避免引起舆论混乱，部分地为了赢得里德大法官的支持，沃伦在判决书的最后一段没有给出具体的命令，要相关的各州和教育委员会必须服从法院的决定。考虑到结束隔离制度的“相当的复杂性”，最高法院计划在来年秋天再来辩论“适当补救”问题。

因为首都华盛顿是特区不是州，第14项修正案不适用于它。所以，沃伦必须另写判决书，把它的法理基础建立在宪法第5项修正案的“正当程序”条款（due process clause）。“既然本庭已裁定宪法禁止各州维持种族隔离的公立学校，因此不能想象同一部宪法对联邦政府的约束就会轻些”。①

判决当日，法兰克福特给沃伦写了个便条：“这一天将青史留名”（this is a day that will live in glory）。在台下的马歇尔“开心得如痴如醉”，他多年来为之奋斗的理想即将实现。但胜利的喜悦并没有冲昏马歇尔的头脑，这天晚些时候，他在日记中写到：“战斗才刚刚开始”。②

## (五)“战斗正未有穷期”　南方各州软抗硬顶

马歇尔的感受非常准确。尽管最高法院并没有确定结束黑白分校的时间表，只是提及一年后再来讨论判决的执行方式。即便如此，布朗案的判决仍然遭到南方各州的强烈反对和抵制。它们把这一天称为“黑色的星期一”。来自弗吉尼亚的一位参议员发誓要“大规模抵制”。佐治亚州州长指责沃伦法院“悍然蔑视一切法律和判例……实在是堕落到了庸俗政治的地步……。佐治亚州人民对美国宪法和州宪法所赋予他们的自主权坚信不移、坚持

① Bolling v. Sharpe, 347 U. S. 497, 500 (1954).

② 引自 Tony Mauro, p.24.

不懈，奋斗到底。”他声称：“一定要制定出一套方案，保证种族隔离制度的延续。”[①]

1955年4月11—14日，最高法院按计划讨论结束黑白分校的方式（补救措施），史称布朗第二案（Brown II）[②]。在庭辩中，南卡罗莱纳州的律师气焰嚣张，明确告诉法庭“现在，我们将不服从——我们不会把我们的白人孩子送到黑人学校”。

5月31日，沃伦法院以9比0裁定，将执行最高法院消除公立学校种族隔离制度的权力交给联邦地区法院，由它们根据各州的具体情况，以“最稳重的步伐”（with all deliberate speed），逐步结束公立学校的种族隔离制度。最高法院没有给出最后的期限，许多南方州借机一拖再拖。还有的州和地区干脆废除了公立学校系统，资助建立所谓的“私立”学校，来维持教育领域中的种族隔离制度，以美国式的“上有政策，下有对策”的方式，对抗法院的判决。在很多地方，一些黑人家长因为积极推动黑白混校而被白人老板解雇，并受到暴力的威胁。

最严重的一起冲突事件发生在阿肯色州的首府小石城。1957年夏，该地的教育委员会接受联邦地方法院执行布朗案的判决，允许9名黑人学生进入小石城中央高中就读。9月2日，秋季开学之际，该州民主党州长福布斯（Orval Faubus）动用国民警卫队（National Guard）[③]，封锁学校，禁止黑人学生入学。后在法院干预下，20日福布斯撤回国民警卫队，任凭一些白人暴民捣乱。

---

① 引自威廉·曼切斯特：《光荣与梦想：1932－1972年美国实录》，第3册，北京：商务印书馆，1979，第1035页。

② 349 U.S. 294（1955），http://laws.findlaw.com/US/349/294.html.

③ 美国以州为单位组建的民兵和预备役部队。自愿参加，平战结合。各州州长可以动用他们处理一些突发事件，如抢险救灾，帮助警察控制社会骚乱。必要时，联邦政府也可以控制国民警卫队。

25日，忍无可忍的艾森豪威尔总统不得不动用美国陆军101空降师，"占领"了小石城，维持秩序，并暂时直接控制了1万名州国民警卫队。在全副武装的美国大兵保护下，9名黑人学生最终得以入学。

小石城的骚乱，使当地教育委员会找到了拖延执行法院判决的理由。他们本来就不愿积极推行黑白混校，现在，他们便以混校会遭到公众抵制甚至导致社会骚乱为由，延期2年半实施混校计划。他们的要求在联邦地区法院胜诉，但在联邦上诉法院败诉。官司最终在1958年打到了联邦最高法院。① 最高法院9位大法官一致裁定，布朗案必须无条件执行。沃伦在判决书中指出，虽然废除公立学校中的种族隔离困难重重，但决不能因为暴力和骚乱而"牺牲和放弃"黑人的宪法权利，因为"法律和秩序不会因为黑人宪法权利的剥夺而得以维持"。而且，消除种族隔离所面临的种种困难，实际上是由于"州政府行为"不力而造成的，它应该由"州政府行为"来解决。"不论是州立法者，还是州行政或司法官员，对抗宪法（war against the Constitution）必然违反其襄助宪法的义务"。

## （六）突破口撕开　民权运动风起云涌

尽管在随后好几个案子中，最高法院再次作出类似的判决，但仍然遭到南方州大多数白人居民的强烈反对，南方各州政府据此对布朗等案的判决进行了大规模的抵制。到1964年，南方11个州中只有2%的黑人学生真正进入黑白合校的学校学习。

为了争取和维护自己的宪法权利，彻底推翻南方州的种族隔

① *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958), http: //laws.findlaw.com/US/358/1.html.

离制度，美国黑人自50年代中期始，在著名民权领袖马丁·路德·金领导下，开展了一场惊天地、泣鬼神的民权运动。他们的正义斗争和联邦最高法院的司法判决以及联邦政府行政部门的强硬执法措施交相呼应，声势浩大，并得到了美国主要新闻媒体的同情和积极声援。全美各大电视台经常临时中断正常节目，实况转播南方州警察对黑人示威群众施暴的野蛮场面。新闻媒体中不断出现的黑人大规模示威和警察悍然动武的惨烈流血场景，深深地震撼了全美各界和整个国际社会。北方各州的白人纷纷集会示威，要求联邦政府和国会立刻出面干预，废除南方的种族隔离制度。在政治局势有可能失控和民权运动有可能转向大规模暴力的压力下，美国国会终于先后在1964、1965和1968年通过了三个被统称为"第二次解放黑奴宣言"的民权法案，从法律上彻底结束了种族隔离和种族歧视制度。

在这一背景下，一些联邦地方法院为了更快、更彻底地推行黑白混校，下令采取强制措施，把传统白人学校和传统黑人学校整班级地对调，用校车长距离地接送，这就是1970－80年代美国社会上争议极大的"强送强并"（school busing）。但是，各种各样的抵制并没有停止。许多白人居民不满法院判决的强制措施，以"用脚投票"的方式表达反对，成批成批地搬出黑白混居的城区，来到白人集聚的郊区。随着白人的迁出，一些城区只留下黑人居民，而按区就近入学的学校自然是清一色的黑人。更糟糕的是，60年代以来，在种族隔离制度全面崩溃，肯定性行动计划广泛推行的背景下，黑人中产阶级逐步扩大，也纷纷迁往郊区。城区的学校更加败落，不仅学生是清一色的黑人，而且大都是贫穷的单亲黑人家庭的子弟。尽管也有黑人把官司打到最高法院，要求法院宣告这种新的学校隔离制度违法，但最高法院宣称基于地点而非种族不同所造成的公立学校的不平等，并没有违反平等保护条款。

在最高法院这类相对保守的判决鼓舞下，到20世纪90年代中期，下级联邦法院的法官们不再积极执行黑白学区融合计划(school district desegregation plans)，声称地方官员为结束种族隔离作出了实实在在的努力。哈佛大学进行的一项有关黑白混校的研究表明，在美国公立学校中，消除种族隔离的进展开始逐步逆转。

在1999年纪念布朗案45周年时，有论者称，在教育领域中，黑人争取平等地位的目标事实上并没有多大进展。《华盛顿邮报》的一位专栏作者写到："就种族单一（racially isolated）隔离和不平等而言，许多公立学校和最高法院45年前判决时没有两样"。已故大法官马歇尔当年创建的NAACP法律辩护和教育基金的结论是："过去50年，非洲裔美国人被隔离的状况实际上是增加了，或者有微乎其微的变化"。[1]

不过，也有越来越多的证据表明，今天美国公立学校中事实上存在的种族隔离，更多是由于贫富差异所致，而非种族歧视的结果。[2] 由于美国公立学校的办学经费主要依靠所在学区的税收维持，因此富人区的学校自然较贫民窟的学校为好。今天，美国黑人中产阶级日益庞大，其生活方式与其他族裔中产阶级并无差别，其子弟也和白人子弟同窗共学，因此，现在美国已经很难再找到纯白人的学校。但美国黑人中穷人的比例远远超过其他族裔集团，一些城市的贫民窟几乎全部是黑人居民区，结果，纯黑人的学校也比比皆是。这里面不可能没有种族的因素。显然，法律可以根除社会上有形的种族歧视制度，但却无法消除人们心中无

---

① Tony Mauro, op .cit., p.25.

② 美国哈佛大学教授、著名黑人社会学家威廉·威尔逊（William Wilson）就持这一看法，参见陈伟：《今日美国黑人的穷根儿》，《读书》2002年第1期，第83—88页。

形的种族等级心理；法律可以废除学校的种族隔离制度，但却无法消灭因贫富原因而形成的居住环境和居住模式。

（任东来）

# 16. 校园祈祷与“分离之墙”

## ——恩格尔诉瓦伊塔尔案（1962）[①]

自德国思想家马克斯·韦伯（Max Weber）成名以来，西方思想界普遍认为，基督新教是推动17世纪以来西方现代化和民主政治的最重要动力。北美殖民地早期，在英国饱受迫害的新教派别清教徒，[②]在远涉重洋的移民途中，订立了著名的《五月花号公约》，对美国政治思想的发展产生了深远影响。可是，当清教徒定居北美，获得宗教自由后，却实施政教合一的高压统治，无情地迫害其他教派的教徒。其血腥和残酷程度，令人胆战心寒。

为了使新生的美国免于重蹈欧洲和北美殖民地历史上政教合一、宗教迫害的覆辙，制宪先贤在1791年批准的宪法第1条修正案中，特别规定了政教分离和宗教自由的宪政原则。1802年，美国的国父之一、第三任总统杰弗逊写下了一句传颂至今的名言：“我以崇高的敬意注意到，美国人民宣布他们的立法机构‘不得制定确立宗教或禁止宗教活动自由的法律’，因而在政教之

---

① *Engel v. Vitale*, 370 U. S. 421 (1962), http//laws.findlaw.com/US/370/421.html.

② 清教徒一般称Puritans，但最早移民北美的是清教徒中的一个独立派，称为Pilgrims。他们先是从英国移民荷兰南部的莱登，十年后，又移民北美。

间立起了一道分离之墙"(a wall of separation between church and State)。[①]

杰弗逊关于"分离之墙"的名言，后来成为政教分离宪政原则的同义词。它被解释为：政府部门（包括公立学校）应当在宗教事务中保持中立，不得促进或禁止任何宗教。1962年的恩格尔诉瓦伊塔尔案，就是一桩涉及到"政教分离"这一宪政原则的美国式"大案要案"，具体说来，就是在公立学校中进行宗教活动是否违反了美国宪法的"政教分离"原则。

## (一)"政教分离"原则明确<br>"分离之墙"高矮难定

这桩闹得美国社会沸沸扬扬的案件，起因不过是一条只有区区三十来个字的祈祷文。1951年，出于"教化学生道德"的目的，纽约州教育委员会建议各地方教育委员会，可以要求公立学校的学生，在每天上课前，诵读以下祈祷词——"万能的上帝，我们承认您是我们的依靠，祈求您赐福于我们、我们的父母、老师和国家"。[②]1958年，拿骚县教育委员会采纳了这一建议，并在全县公立中小学校中推行。

但好心却未必能够办好事，这一祈祷规定引来了一场大麻烦。在该县新海德公园第9联合自由校区，以史蒂文·恩格尔

---

① H. A. Washington, ed., *Writings of Thomas Jefferson*, Washington, D.C.: Taylor & Maury, 1854, vol. 8, p.113.

② "*Almighty God, we acknowledge our dependence upon Thee, and we beg Thy blessings upon us, our parents, our teachers, and our country.*" 参见：David G. Barnum, *The Supreme Court and American Democracy*, New York: St. Martin's Press, 1993, p. 143.

(Steven Engel) 为首的5名学生家长强烈抗议县教委的这一做法，因为他们并非基督徒，而是分别信奉犹太教、惟一神教和无神论。他们认为，这种校园祷告是政府试图向所有学生强制灌输基督教教义，从而极大地侵害了非基督教家庭孩子们的信仰自由权，混淆了他们的思想，破坏了他们的信仰。因此，它不仅危害了学童的身心健康，而且也严重违反了《权利法案》所确立的“政教分离”原则，是明目张胆的违宪行为，理应予以取缔。[①]1959年，恩格尔等人把县教育委员会主任小威廉·J·瓦伊塔尔告上纽约州地方法院，但他们的诉讼请求先后被州初审和上诉法院驳回。恩格尔等人毫不气馁，又将该案上诉到联邦最高法院。

读者们也许会想，那三十来个字的祷告文只不过是句口头禅，何必认真？况且，学校要求学生祷告也是为了加强学生思想道德教育，有何不可？这么一件芝麻粒大的小事，怎么就会跟“政教分离”这么吓人的字眼挂上钩呢？人家纽约州的两级法院都觉得家长们是小题大做了，恩格尔等人干吗这么叫真，还要费时费钱地到联邦最高法院那里去讨个说法呢？

但大多数的美国人可不这么看。在他们眼里，祷告事小，原则事大。“政教分离”原则可不是高高在上，虚无飘渺的东西，稍不留意，它就会叫平头百姓吃尽苦头。北美殖民地早期，新英格兰大部分地区把清教定于一尊，毫不留情地排挤和迫害其他教派及教徒。这些前车之鉴，令美国人时刻警惕政教合一的危害。为此，1791年通过的《权利法案》（即前十条宪法修正案）中，第1条便明文规定国会不得制定任何旨在“确立国教”的法律(通称政教分离条款，Establishment Clause)，从宪政制度上确立了

---

① Bernard Schwartz and Stephan Lesher, *Inside the Warren Court*, New York: Doubleday & company Inc., 1983, p. 181.

“政教分离”原则的权威性，它和“信教自由”条款（Free Exercise of religion Clause）一起，构成了捍卫美国人民“宗教自由”权利的两道不可逾越的闸门。

说白了，“政教分离”原则就是指政府和教会井水不犯河水，谁也不能干涉谁，否则就有教会干政或政府确立国教之嫌。杰弗逊曾经对该原则做过形象的比喻，发表过高论。他认为，所谓“政教分离”，就是要在国家和宗教之间建立一道“分离之墙”，政府与宗教都不得侵犯对方的“领地”，因为宗教只是“个人与他所信仰的神”之间的事情，一个人是否信仰宗教以及信仰何种宗教与他人全无关系，政府的“合法权力”也只在于约束人的行为而不是人的思想。

不过，如果我们用心回顾一下美国历史的发展脉络，审视美国的社会现实，就会十分惊奇地发现，杰弗逊所期望的“分离之墙”并没有把政治与宗教完全分开。在美国，宗教与公共生活和政府行为掺和在一起的事，实在是太普遍了。例如，“我们信赖上帝”一语不仅铭铸在美国政府发行的硬币上，而且也赫然悬刻于国会大厦的墙壁。联邦国会开会的开场白是牧师的祷告，最高法院也要先诵读“上帝拯救合众国和这个可尊敬的法院”后才可以开庭，联邦军队中也设有随军牧师，即使你去法庭作证，也要向总统宣誓就职一样，必须手按《圣经》，发誓你所说的一切句句属实，否则你是必输无疑，凡此种种，不一而足。

在外人看来，这不是公然违背自己的宪政原则，自毁政教分离的长城吗？但美国人却不这么看。在他们眼里，政教之间当然要有一道“分离之墙”，但它并不是直插云霄、密不透风的。美国的宗教传统实在是太久太浓了，完全彻底的政教分离是不现实的。问题不在于政教之间是否可以依照传统习惯保持一定的相互交叉，而是在于在这种交叉中，政府是否通过干预或强制的手段，刻意推崇某种宗教或教派。如果答案是否定的，一切都可按

部就班，照旧执行；如果答案是肯定的，那么，政府就没有对所有的宗教和教派做到"一碗水端平"，难免有确立国教之嫌。这时，杰弗逊的"分离之墙"自然也就派上了用场，政府有责任强制解除此类交叉。

然而，在不同的场合，"分离之墙"会有"高矮"之分、"密疏"之别，因而如何在具体的事件中判断此墙的"高矮密疏"就不断成为美国人激烈争论的话题，其涉及的范围之广令人瞠目，大至政治选举、公共教育，小到社区管理、商贾买卖，"政教分离"原则几乎无处不在。其中，尤以公立学校中是否应当举行宗教祷告为最。此种行为事关青少年一代的教育问题，因此，美国人往往会争得面红耳赤，常常要闹到法院。而且，即使是在最高法院做出判决后，美国社会也是"树欲静而风不止"，判决的赞成和反对方还会在各种场合或媒体上大吵一通，最后甚至还会上升到向国会提交宪法修正案的程度。1962 年的"恩格尔诉瓦伊塔尔案"就是最好的明证。

## （二）法庭较量　要上帝还是要权利？

1961 年 12 月 4 日，最高法院举行了诉讼调审会议。围绕是否应当受理本案，大法官们意见不一。查尔斯·惠特克（Charles E. Whittaker，1957 - 1962 年任职）和波特·斯图尔特（Potter Stewart，1958 - 1981 年任职）两位保守派大法官极力反对受理。他们认为，县教委的做法并不违反政教分离原则，因为校园祈祷的目的只是对学生进行道德教化，并无让有其他信仰的学生接受和信仰基督教之意；连首席大法官厄尔·沃伦也多少有些同情地

方教委，尽管他一向被认为是保护公民权利的司法先锋。[①] 但是，在多数大法官们的坚持下，最高法院最终接受了本案，并责令诉讼双方向最高法院提交详细的诉讼书。

在随后的4个月里，控辩双方都使出浑身解数，一方面精心起草诉讼书，另一方面又极力争取社会各方的支持，结果，几乎整个美国都卷入了这场是要上帝还是要权利的争论。美国公众自由联盟、美国道德联盟、美国犹太人委员会和美国犹太教委员会等社会团体声援恩格尔等家长，而纽约州教委等20个州的有关政府部门则支持拿骚县教委。一场势均力敌的司法较量开始了。

1962年4月3日，联邦最高法院开庭审理恩格尔案。围绕究竟是应尊崇上帝还是应当顾及学生的宗教自由权利，控辩双方唇枪舌剑，法庭辩论达到了白热化程度。拿骚县教委的律师认为，虽说学校的课前祈祷可以被视作宗教行为，但它并不是强制性的，不愿祈祷的学生完全可以保持沉默，校方也不会为此惩罚他们。家长一方的律师则针锋相对，指出校园祈祷虽貌似自愿，但在教师的目光注视下，幼小的学童如果不从，必然会承受巨大的心理压力，因此，这种祷告事实上已成为校方的强制行为，“自愿”一说根本站不住脚。不仅如此，家长们还强调，祈祷文本身明显表明，县教委所推行的祈祷旨在宣扬基督教教义，根本不尊重其他人的信仰自由，已经侵害了公民信教的自由权。

他们还引经据典，指出追求宗教自由贯穿于美国早期的殖民地经历和后来争取独立的革命中，强调美国今天享有的宗教自由是先辈们用生命和鲜血换来的。因此，县教委的做法亵渎了美国历史，背叛了宗教自由精神。县教委则反驳说，教委的规定决无刻意推崇基督教之意，因为祈祷文的文字是绝大多数宗教都会采

---

① Bernard Schwartz, *Super Chief: Earl Warren and His Supreme Court - A Judicial Biography*, New York: New York University Press, 1983, p. 440.

用的语句，侵犯公民权利的指控纯属无稽之谈；同时，宗教祈祷是美国的文化遗产之一，宗教的印记不仅体现在民众日常使用的货币上，而且也出现在《独立宣言》和美国国歌中，因此，公立学校举行宗教祈祷完全是秉承美国的优秀传统，也为世人所接受。

这第一轮较量，相当精彩，基本上算是打了个平手，法庭辩论顿时陷入僵局。见此情形，家长一方立刻将突破口转向指控县政府涉嫌干预宗教事务，突出祈祷文的内容是县教委指定的，而且，祈祷也是在作为政府雇员的公立学校教师的指导和监督下进行的，因此，政府实际上介人了宗教事务，从而违反了宪法第1条修正案所确立的“禁止确立国教”的政教分离原则，当属公然的违宪行为，理应取缔。县教委反驳说，在犯罪率不断攀升的情况下，教育主管部门的当务之急是要加强学生的道德教化，此乃公立学校宗教祈祷的本意。政府根本无意涉足宗教事务，全然没有违反政教分离宪政原则的嫌疑。

这样，控辩双方的分歧最终就集中在下面这个问题上：政府采取宗教祈祷的方式对学生进行道德教化是否违反了政教分离原则？尽管拿骚县教委百般辩解，千方掩饰，却无法从根本上抹去课前祈祷的浓厚宗教色彩。这样，在庭审后举行的大法官会议上，除斯图尔特大法官外，其余参审的6名大法官一致认定，县教委的行为已构成了政府对宗教事务的干预，明显违反了宪法“禁止确立国教”条款。

6月25日，代表最高法院，雨果·布莱克（Hugo. L. Black，1937－1971年任职）大法官宣读了由他执笔撰写的多数意见。在判决书中，布莱克大法官首先追溯了美国宗教自由观念发展的历程，他指出，早期欧洲移民远涉重洋，拓殖北美，很重要的一个原因是为了逃避母国官方教会的宗教迫害。虽然在美国独立前，各殖民地也出现过官方教会，但在1786年杰弗逊起草的弗吉尼

亚州《宗教自由法案》通过后，美国人开始深刻地认识到“政教合一”的严重危害。这就是宪法第1条修正案明确规定“禁止确立国教”和保护公民信仰自由权不受政府干涉的原因所在。布莱克认为，拿骚县教委在公立学校中推行的课前祈祷，无疑属于宗教活动范畴。由于“祈愿上帝赐福”的祈祷文是由政府机关“指定”的，因此构成了政府对宗教事务的“卷入”，这就“完全违背了禁止确立国教条款”，必须坚决予以取缔。

其次，布莱克大法官认为，拿骚县教委所云：学生祈祷是“自愿的”，因而祈祷并未侵犯公民的信仰自由权，也不代表政府支持宗教行为的辩解是站不住脚的。他指出，审查一项政府行为或法律是否违反了“禁止确立国教”条款，并不依赖于政府是否“直接强迫”人民信仰某种宗教或教派，只要政府以其权势、威望和财力支持了某一宗教或教派，就对其他宗教组织构成了“间接强制力”，并使它们在宗教事务中处于劣势地位。从这一意义上讲，政府的这一行为违反了政府应在宗教事务中保持“中立”的宪法原则和“禁止确立国教”条款，联邦最高法院必须对此加以坚决制止，否则就会出现宗教或教派间的相互“憎恨、不敬和蔑视”，甚至有可能出现宗教迫害，因为“确立国教与宗教迫害是比肩而立的”。[①]

据此，布莱克在判决中支持恩格尔等学生家长的上诉请求，要求纽约州法院必须按照联邦最高法院的判决精神重审该案，禁止在公立中小学中继续推行课前宗教祈祷。

---

① Stanley I. Kutler, ed., *The Supreme Court and the Constitution: Readings in American Constitutional History*, New York: W. W. Norton & Company, Inc., 1977, pp. 512–514.

## （三）法院裁决明确　校园祷告余波难平

恩格尔案是桩具有重大社会影响的案件，它使美国社会在继1954年的布朗诉教育委员会案之后又一次受到了强烈的震撼。尽管在判决中，最高法院追述了"政教分离"原则在美国逐步确立的艰难历程，试图以此论证禁止各级政府干预宗教的必要性，但是，由于该判决挑战的是美国传统的道德和宗教观念，触动的是为绝大多数美国人所认可的对《圣经》和上帝的信仰，因而判决一经公布，反对之声便骤然而起、不绝于耳。

全美最有影响的天主教周刊《亚美利加》抨击说，这份在周一公布的判决是"黑色星期一判决"，是对上帝彻头彻尾的不敬；阿拉巴马州的联邦众议员乔治·W. 安德鲁斯认为，最高法院的判决是对美国传统价值观念的背叛，这些大法官们在通过布朗案"将黑人塞进了学校"后，"现在又将上帝抛到了九霄云外"；西弗吉尼亚州的联邦参议员罗伯特·C. 伯德则攻击最高法院是在"摧残美国人的灵魂"；[①]而另一位国会议员威廉姆斯更是耸人听闻地认为，最高法院通过审理该案，实际上是在"刻意和谨小慎微地阴谋以唯物主义替代美国人的思想价值观念"，其目的是要使美国"共产化"。[②]

不仅如此，部分保守派国会议员还试图通过修改联邦宪法的

---

① Melvin I. Urofsky, *A March of Liberty: A Constitutional History of the United States*, New York: Alfred A. Knopf, Inc., 1988, p. 812.

② William M. Beaney and Edward N. Beiser, "Prayer and Politics: The Impact of Engel and Schempp on the Political Process," *The Impact of Supreme Court Decisions: Empirical Studies*, eds., Theodore L. Becker and Malcolm M. Feeley, New York: Oxford University Press, 1973, p. 23.

方式，来推翻最高法院的判决。据统计，在该案判决之后的一年内，共有22名联邦参议院和53名联邦众议员分别向国会提交了类似的宪法修正案，声称政府可以在公立学校以及其他公共事务中，向有关人员和机构"提供祈祷文"，但这些修正案都没能获得国会中三分之二多数议员的支持。[①] 虽然60年代初冷战的加强和黑人民权运动的发展，淡化了美国国内政治对校园祈祷问题的关注，但在以后的历届国会中，仍有部分议员不间断地提出旨在推翻恩格尔案判决，以使公立学校祈祷合法化的宪法修正案。虽然无一能够通过，但却可以看出，恩格尔案判决对美国社会和民众心理的强烈冲击，远不是可以轻易地消弭的。

在一定程度上，最高法院的判决可谓是冒天下之大不韪。但冷静思考的话，就会发现，批评最高法院的人实际上完全曲解了最高法院所持的宗教自由的标准，太多地受制于对《圣经》和上帝的崇拜情结。其实，最高法院的判决并不是要反对人民自由地信仰宗教，恰恰相反，是为了使宗教自由权更具有宪法的保障。它所禁止的只是政府不能逾越政教之间的"分离之墙"，它所担心的也只是一旦容忍政府干预宗教事务，宗教迫害就可能接踵而至。因此，维护公民宪法权利的至上性，尽可能减少政府对公民权利的侵犯，才是最高法院在恩格尔案中严守政教分离原则的根本宗旨。

从最高法院做出恩格尔案判决至今，尽管大法官的构成发生了很大变化，其主流司法理念也渐趋保守，但在严防政府干预宗教、保证公立学校遵守"政教分离"原则方面，最高法院的司法裁判是一致的，无意推翻恩格尔案的司法先例。在1963年的阿宾顿校区诉谢默普和1968年的埃珀森诉阿肯色州等案件中，最高法院的大法官们以绝对多数票推翻了宾夕法尼亚和阿肯色州分

① Ibid., P. 25.

别要求在学校中诵读《圣经》和禁止在学校中讲授进化论的法律，他们所据的宪法基础依然“禁止确立国教”条款。[1]

在1971年的莱蒙诉库尔茨曼案[2]中，最高法院推翻了宾夕法尼亚州关于政府直接担负教会学校教师工资的《非公立中小学教育法》，并提出了判断政府是否涉嫌违反“政教分离”原则的三项标准，即法律必须具有“世俗的”立法目的；法律的主要或首要效果必须是“既不促进也不限制”宗教；法律必须防止政府“过分地”卷入宗教事务。在1985年的华莱士诉贾弗里案[3]中，最高法院认定，阿拉巴马州一项在公立学校规定“静思时间”并鼓励学生进行宗教祈祷的法律违宪，因为该项法律的“惟一目的”是要向社会表明，政府是支持公立学校宗教祈祷的，这已使政府涉入了宗教事务，违反了“政教分离”原则。在1992年的李诉韦斯曼案[4]中，最高法院再次秉承恩格尔案先例，判决罗德岛州普罗维登斯市一所中学在毕业典礼上举行宗教祈祷的行为违宪，因为在毕业典礼这样一个学生普遍渴望参加的重大仪式中，学校的上述做法实际上已构成政府“强制”学生参加某一特定的宗教祈祷。

“政教分离”作为一项基本的宪政原则，总体上已为美国社会所普遍接受。但是，由于宗教（尤其是基督教）传统在美国的根深蒂固，对《圣经》和上帝的信仰早已深深地渗入到了人们的思想和行为中。因此，相当一部分、甚至是大多数美国人在政府鼓励或指导某种宗教活动，而这种宗教活动又符合他们的宗教和

---

① *School District of Abington Township v. Schempp*, 374 U. S. 203 (1963); *Epperson v. Arkansas*, 393 U. S. 97 (1968).

② *Lemon v. Kurtzman*, 403 U. S. 602 (1971).

③ *Wallace v. Jaffree*, 472 U. S. 38 (1985).

④ *Lee v. Weisman*, 505 U. 577 (1992).

道德观念时，往往会不自觉地默认、甚至欣然接受政府的行为，并对最高法院裁定政府行为违宪的判决表现出极大的愤怒。

但是，颇为可贵的是，在恩格尔案判决后的40年里，最高法院一直没有屈从民众的压力，坚持以恩格尔案为司法先例，严格审查政府在宗教事务中所扮演的角色。这一方面与最高法院在美国政府体制中所具有的独立地位密切相关，另一方面也因为最高法院的大法官们深知，他们是维护美国宪政体制和谐发展的最后一道屏障，他们的每一项判决都直接或间接地影响着美国政治的顺利运作。因此，在面对涉及宪政原则的大案要案时，决不奉行从快从重的原则，也不盲从社会舆论。尤其是在涉及校园祷告的问题上，最高法院大法官们更是注意加强审查政府是否介入宗教活动的力度。在他们看来，中小学生无论是在心智发育还是在道德养成等方面，都尚未成熟。如果他们不自觉地或被迫地参加了政府确定的某些宗教活动，那么，这不仅有违"政教分离"宪政原则，侵犯了公民的宗教自由权，而且也极有可能影响到学生的思想和独立人格的形成，后果不堪设想。从这个意义上讲，最高法院并未从根本上违反民意，它反对政府卷入宗教的目的，恰恰是为了使民众有更多的条件和机会自由地选择和坚持自己的信仰。

如果说民众要求的主要是公民能够在现实生活中实现宗教自由的话，那么，最高法院着重考虑的则是如果容忍政府干预宗教，公民的宗教自由就会遭遇潜在的威胁，二者的目标一致，只不过关注的角度稍有差异罢了。

（白雪峰）

# 17. “政治棘丛”中的平等选举权

## ——贝克诉卡尔案（1962）[1]

在美国，联邦和州各级议会的议员们，号称民意代表。为维护自己选区选民的利益，他们常常是吵得面红耳赤，争得不可开交。为此，人们会不由自主地感叹美国议会政治的民主和公正。但是，如果将时针倒拨40年，在20世纪60年代以前，美国的议会政治运作中存在着一个非常严重的弊端，那就是在各州普遍存在的“议席分配不公正”（malapportionment）。

美国宪法规定，代表人民的国会众议员由各州选民直接选举，议席的分配应与选区内选民的人数相匹配，并根据联邦政府十年一度的人口统计数字进行调整。所谓议席分配不公正，是指由于历史和政治原因，在联邦众议院和州众议院议员的名额分配中，未能实现各议席所代表的人口数目的基本相等。这样，不同选区的选民选举代表自己的各级众议员时，手上选票的“含金量”是不同的。表面上看，虽然人手一票，大家平等，但由于许多选区人口相差很大，这样，在选举数目相同的众议员时，人口多的选区选票的代表性显然远不及人口少的选区。这种未能按人口变化及时调整议席分配的现象，背离了选民选举众议员时应当拥有平等投票权的“一人一票”原则。

这种表面平等与现实不平等之间的巨大差异，引起了民众、

---

① *Baker v. Carr*, 369 U. S. 186（1962），http://laws.findlaw.com/US/369/186.html.

特别是人口多的选区中选民的强烈不满。从19世纪末20世纪初开始，许多美国人不遗余力，积极推动州和联邦国会改变这一议席分配不公的现象。无奈，历史形成的选区格局已成为一些政客和党派的既得利益，改革的努力始终未能如愿以偿。显然，要让各级议会来铲除在很大程度上是它们自己所确定和划分的选区所造成的不公正，绝非易事。

既然政治途径走不通，改革家们只好另辟蹊径，试图借助司法的力量来消除议席分配不公正。然而，重新调整众议院议席分配，必然会打乱现有的党派和利益集团之间的平衡，在众议院引发政治地震，影响空前重大。根据美国的宪政传统，确定国会议席分配的责任属于联邦国会，而不是司法机关。如果联邦最高法院强行介入这一问题，将会侵犯联邦国会的职权，使法院陷入充满危险的"政治棘丛"（Political Thicket）。这样，究竟是积极司法，维护现实中的社会平等和公正；还是保持司法克制，尊重民选立法机关，成为最高法院在1962年贝克诉卡尔案中面临的一道难题。

## （一）议席分配不公　政治还是司法问题？

在美国，议席分配不公正问题由来已久。其根源是19世纪后半期开始出现的城乡对立和利益冲突。从1607年北美殖民地草创到19世纪中期，美国基本上是一个乡村社会。1790年时，乡村人口占总人口的94.9%，到内战前夕，仍高达80.2%。[①] 与此相应，乡村利益集团在美国政坛中占据着绝对优势，不仅控制着各州议会中的绝大多数议席，而且也操纵着联邦国会议员的选

---

① Richard Claude, *The Supreme Court and the Electoral Process*, Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1970, P. 145.

举。

但19世纪后半期，美国工业化和城市化迅猛发展。1890年时，城市人口还只占总人口的35.1%，到1920年则达到51.2%，首次超过乡村人口。这样“城里人”便开始要求与“乡下人”在政治上平起平坐，提出重新分配议席，以获得更多的参政权利，进而维护自己各方面的利益。但是，这一正当的改革要求却遇到乡村既得利益集团的百般阻挠。尽管全美36个州的宪法都明文规定要定期重新分配议席，但到1960年，仍有12个州的州议会议席和它的联邦国会议席的分配30多年未变，田纳西和亚拉巴马等南方州甚至是60多年“一贯制”。[①]

在田纳西州，虽然州宪法明确规定，州议会和州属国会议席的分配应与选区内的选民人数相匹配，并根据联邦政府十年一度的人口统计数字进行调整，但实际上，自1901年通过《议席分配法》（The Apportionment Act）后，该州议会从未对议席分配作过任何调整。到50年代末，城乡选区间选民数量的不平衡已相当严重。例如，在州众议院议员选区中，最小的乡村选区只有选民3,454人，最大的城市选区选民却多达79,301人；在州参议院选区中，最小（乡村）和最大（城市）选区的选民数分别是39,727人和237,905人，相差近6倍。[②]这就使得占全州人数总数60%以上的城市选民，只能选举99个州众议院议席中的36席和33个州参议院议席中的13席，[③]从而造成了富有美国特色的“城

① Melvin I. Urofsky, *A March of Liberty: A constitutional History of the United States*, New York: Alfred A. Knopf, 1983, p. 831.

② Howard Ball, *The Warren Court's Conceptions of Democracy: An Evaluation of the Supreme Court's Apportionment Opinions*, New Jersey: Associated United Press, Inc., 1971, P. 91.

③ Richard Claude, *The Supreme Court and the Electoral Process*, P. 155.

乡差别”。

1959年，一些城市选民实在是气不过，便在查尔斯·贝克的带领下，一张状纸，把州务卿乔·卡尔告到联邦地区法院，要求法院强迫州政府重新分配议席。贝克是位地方治安法官，这难免让人联想到，150多年前另一位候任治安法官马伯里的诉讼所产生的巨大影响。法院虽然承认田纳西州的议席分配是相当恶劣的“弊制”，“必须立即予以纠正”，但却援引最高法院1946年的一个先例，驳回了贝克等人的诉讼请求，拒绝审理此案。

联邦地区法院的这一作法，显然是在回避矛盾，把问题推到联邦最高法院。它所援引的1946年的先例叫科尔格罗夫诉格林案，[①]其情形与贝克案几乎完全相同。只不过该案发生在美国中西部伊利诺亚州，涉及的是国会议员议席分配不公的问题。

在科尔格罗夫案判决中，联邦最高法院承认伊利诺伊州存在着议席分配不公的事实，但宣称，根据美国的宪政传统，确定国会议席分配的责任是在联邦国会，而不是司法机关。如果法院涉足此类问题，必然会“使法院直接主动地陷入政治纷争之中”，这不仅“有害于民主制度”，而且也会“严重侵犯国会的神圣职权”，在此情况下，司法机关应当最大限度地保持“克制”，不应该进入这一充满危险的“政治棘丛”。[②]

最高法院这一保守的司法判决，首先是与当时流行的“司法克制”原则（judicial restraint）密切相关。本来，“司法克制”是进步主义时代著名大法官霍姆斯和布兰代斯首先提倡，针对的是19世纪后半期，最高法院频繁推翻联邦和各州社会经济立法的作法。它虽主张司法机关“自我约束”，但这种“约束”并不是

① *Colegrove. v. Green*, 382 U. S. 549 (1946).

② Howard Ball, *The Warren Court's Conceptions of Democracy: An Evaluation of the Supreme Court's Apportionment Opinions*, pp. 70–71.

消极的，而是旨在给予政府更多的行为空间，使其能够最有效地管理社会和保护公民权利，因而带有非常鲜明的进步色彩。但到20世纪40年代，在政府保护民权问题上停滞不前时，最高法院仍以"司法克制"为由，对社会不公正视而不见，听而不闻，就显得有些保守了。

其次，科尔格罗夫案判决也深受传统的"政治问题"回避原则的影响。这一原则是指在司法实践中，某些案件虽可以由司法管辖，但是这种司法介入可能会与其他"政治机构"（即立法和行政机关）发生冲突，因此，法院就可以认定它们是"非司法性"案件，予以回避，以便超然于政治漩涡之外，保持司法的"纯洁性"。

科尔格罗夫案之后，最高法院一直以"政治棘丛"观为圭臬，拒审议席分配案件。但到50年代末60年代初，美国国内政治气氛大变，民权运动高涨，民众的平等权利意识加强，最高法院面临着巨大的压力。而且，联邦政府也开始调查议席分配不公正问题。当时的民主党人肯尼迪政府，正在利用行政权力敲打各州的议席分配不公正行为。1961年，联邦民权委员会公布了一份题为《选举》的报告，详细列举了在美国绝大多数州中普遍存在的议席分配不公正的事实，建议联邦政府在各州联邦和州议席分配中，设法保证"各选区选民人数的实际平等"。同时，它还认为，联邦国会应当明确认可，联邦司法机关有权根据联邦宪法和法律审理有关议席分配的案件。①

显然，这给处于挫折当中的贝克等人一线希望，他们决心到联邦最高法院把官司进行到底。

① Richard Claude, *The Supreme Court and the Electoral Process*, p. 93.

## （二）抛弃僵化原则 法院勇闯"政治棘丛"

1961年4月和10月，联邦最高法院先后两次对贝克案进行庭审，可谓非同寻常，极为谨慎。法庭的辩论相当激烈。贝克等人认为，田纳西州议会不顾州宪法定期重新分配议席的规定和50多年来该州人口分布巨大变化的事实，"武断、专横地"延用1901年的《议席分配法》，是一种明目张胆地违反州宪法的行为；同时，由于州议会面对议席分配不公正无动于衷、无所作为，致使城市选票没有获得与乡村选票相等的"选票价值"，因而侵犯了城市选民的平等法律保护的宪法权利。[①] 据此，贝克等人坚决要求最高法院推翻该州1901年《议席分配法》，并判决田纳西州议会按照1960年的最新人口统计，平等公正地重新分配议席。

贝克等人的立场得到了联邦政府的大力支持。联邦司法部以"法庭之友"的身份向最高法院提交"法律理由书"，通过事实，从法理上阐述田纳西州政府在议席分配方面存在的违宪行为，支持最高法院对这一案件行使司法管辖权。

田纳西州政府虽然承认，因历史原因，该州的议席分配存在着一定的问题，但它辩称，由于贝克等人已享有投票权，因此他们的平等权利事实上并没有受到侵害。而且，该案所涉及的议席分配"纯系政治问题"，根据科尔格罗夫诉格林案判决，它根本不属于司法管辖范围。如果司法机关强行介入，不仅严重违反了既有的司法先例，而且也侵犯了联邦宪法所规定的分权原则。[②]

---

① Bernard Schwartz and Stephan Lesher, *Inside the Warren Court*, New York: Doubleday Company, Inc., 1983, p. 187.

② Richard Claude, *The Supreme Court and the Electoral Process*, p. 154.

围绕究竟是应最大限度地维护现实中的社会公正，还是尊重民选的立法机关，尽量保持司法克制，最高法院内部出现了严重的分歧。从恪守先例出发，法兰克福特（Felix Frankfurter）、哈兰、惠特克和克拉克（Tom C. Clark）等四位大法官认为，不涉足议席分配这一"政治棘丛"，对保持最高法院的威望至关重要，因为"最高法院的权威是建立在公众对其道德约束力的持续信任之上的，要维持这种信任，最高法院就必须在政治漩涡中超然独立"。因此，它应尽最大努力"紧闭通往政治棘丛的大门"。[①]

从社会公正的立场出发，沃伦首席大法官和布莱克、道格拉斯（William O. Douglas）及布伦南（William Brennan）等三位大法官则坚信，司法机关应当积极介入议席分配问题，切实保障公民能够享有真正平等的宪法权利。他们认为，科尔格罗夫案判决"是一根经不起推敲的法律芦苇"，根本不能成为最高法院处理议席分配案件时的权威先例。因为，田纳西州的议席分配不公正公然违反宪法第14条修正案的"平等法律保护"条款，相关的诉讼案件属于司法管辖理所当然。[②]在他们看来，该州的"议席分配胡乱拼凑，毫无任何合理因素"，严重损害了人民的宪法权利，如不予以坚决更正的话，就"意味着美国宪政体制的失败"。[③]

两派大法官势均力敌，最后一名大法官斯图尔特犹疑不决。现在，他成了左右案件结果的关键人物。经过一番深思熟虑，他毅然倒向沃伦等务实派大法官们一边，支持对贝克等城市选民提供司法保护。斯图尔特大法官解释说，虽然他与法兰克福特等大法官们一样，深深地担忧，如果支持原告可能会遭致猛烈批评，甚至损害最高法院的威望。但他认为，田纳西州的议席分配方案

① Bernard Schwartz and Stephan Lesher, *Inside the Warren Court*, p. 189.

② Bernard Schwartz and Stephan Lesher, p. 190.

③ Bernard Schwartz and Stephan Lesher, p. 196.

实在是极端的不公，如不加以严厉制止的话，不仅无法保证城市选民的平等选举权，而且也会阻滞美国的政治民主化进程，“在这种情况下，我认为司法机关对贝克诉卡尔案拥有无可争议的司法审判权。”①

为了能够尽可能地说服自己的同事，授命起草法院意见书的布伦南十易其稿，争取意见书的内容无懈可击。布伦南的强有力的逻辑和近似完美的论证最终改变了克拉克大法官的态度。虽然这一转变已不再会改变贝克案的结果，但它表明，曾在议席分配问题上长期左右最高法院的“政治棘丛”原则已失去了往日的权威，而保护公民享有平等的政治权利正成为最高法院多数大法官们关注的重心。

1962年3月26日，最高法院公布了由布伦南大法官起草的判决书。它首先认定，联邦司法机关对议席分配案件拥有司法审判权，因为田纳西州议席分配的不公正行为侵犯了宪法赋予选民的平等法律保护权利。

其次，判决反驳了田纳西州政府所称的贝克等城市选民没有足够的诉讼资格的论据。判决指出，贝克等上诉人已“明确、直接和充分地”申述了一项基本的事实——他们在行使选举权时受到了不公正的对待，因此，他们有权向联邦司法机关提出诉讼。

更为重要的是，判决明确推翻了科尔格罗夫案确立的“政治棘丛”原则，认定议席分配案是“可司法性”案件。布伦南指出，不能仅仅因为案件寻求的是对一项“政治权利”的保护，就认为它涉及了“政治问题”而不在司法机关的职权范围之内，如此认识只能是在“玩弄文字游戏”！由于贝克等上诉人“有充分的证据证明”，他们的“平等法律保护”权利遭到了无端的“歧

---

① Bernard Schwartz, *Super Chief: Earl Warren and His Supreme Court – A Judicial Biography*, New York: New York University Press, 1983, p. 417.

视"，因此，上诉人依据平等法律保护条款，要求得到司法保护的诉讼请求，"不得因与政治问题有关而遭到拒绝"。[1]

最高法院的结论是，田纳西州必须根据联邦政府最新公布的人口统计数字，公正平等地分配州议会议席，切实保证每一位公民在事实上都能享有与其他人一样的平等投票权，维护美国代议民主制的公正和公平。

## （三）关注社会现实 司法理念与时俱进

贝克案判决，是当代美国宪政中最具影响力的判决之一。它第一次有效地制止和更正了美国各州长期存在的议席分配不公，同时也昭示着最高法院司法理念开始发生重大变化。多数大法官们开始认识到，时代的演进和社会的发展，需要政府不断调整保护公民政治权利的范围和力度，否则，社会公正无从谈起。如果正常的政治途径无法保护公民的平等宪法权利，那么，司法机关就有必要适时地介入，用强制的手段摒除政治生活中实际上的不平等，因为维护社会公正的重要性远甚于恪守僵化的宪政原则。美国主流司法观念的这一变化，无论是对最高法院还是对整个美国社会而言，都是一次历史性的变革，正因为如此，沃伦在后来的回忆录中，将贝克案视为他 16 年首席大法官生涯中"最重要的"案件。[2]

在贝克案中，最高法院能够抛弃陈旧的司法先例，做出保护公民平等权利的积极判决，实在是天时地利人和的结果。当贝克

---

① Malcolm M. Feeley and Samuel Krislov, *Constitutional Law*, New York: Harper Collins Publishers, 1990, pp. 70－71.

② Earl Warren, The Memoirs of Earl Warren, (New York: Doubleday & Company, Inc., 1977 , p. 306.

案上诉至沃伦法院时，务实的开明派大法官已有4人，他们不仅信念坚定，而且行动积极。在他们看来，司法机关必须尽可能地承担起保护人民宪法权利的神圣职责，而不必恪守先例。在沃伦眼中，最高法院就是现代的“衡平法院”，如果其他政府机构未能切实保护公民权利，最高法院就必须弥补这一过失，义不容辞。道格拉斯也认为，“无论任何人，只要他的生命、自由或财产遭到了……威胁和侵害”，他都可以向司法机关申诉，以维护自己的宪法权利。[①]正是这样的司法思想，给最高法院注入了一股强劲的司法理念——注重现实平等，这使推翻保守的科尔格罗夫案成为可能。

就天时地利而言，城市问题的日益严峻使解决议席分配不公问题成为美国社会的当务之急。二战后，美国郊区化发展迅速，造成中心城市衰败、交通堵塞、空气污染、失业和犯罪等问题严重。由于议席分配不公现象的普遍存在，城市利益集团根本无法在乡村利益集团代表占优势的联邦国会和州议会中获得更多的发言权，从而使城市长期得不到政府的有效帮助，城市危机日趋恶化。到20世纪50年代后期，改革议席分配制度、平等公正地维护城市利益已经成为美国城市社会中的强烈要求。

与此同时，二战后，美国人平等权利意识普遍增强，城市选民铲除社会和政治不公现象的愿望强烈。50年代初开始的民权运动，震撼了美国人的思想和观念，他们开始重新领悟宪法中的平等权利观念的内涵，要求政府实施保护平等原则的具体措施，这样，美国社会便在20世纪50—60年代进入了其历史上少有的

---

① Melvin I. Urofsky, "William O. Douglas as Common-Law Judge," *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, ed., Mark Tushnet, Charlottesville: University Press of Virginia, 1993, p. 82.

“平等观念高歌猛进的时期”。[1]最高法院在先前几个案件中做出的保护黑人平等投票权的判决，大大鼓舞了广大城市选民。他们认识到，如果一个公民的选举权不能因其种族或肤色而受到歧视，那么，他也不应该因为居住的地域与他人不同，而使自己的选举权价值大打折扣；既然司法机关能够保护黑人的平等投票权，那么，它也应该在消除议席分配不公、保护城市选民平等选举权方面负起责任。因此，贝克案的判决，实际上是最高法院在平等权利意识日益高涨的社会氛围中，对城市选民平等选举权要求的正式认可。

贝克案之后，最高法院先后在1963年的格雷诉桑德斯和1964年的韦斯伯利诉桑德斯和雷诺兹诉西姆斯[2]等案件中，再次积极介入议席分配，把“一人一票”原则扩展到联邦国会众议院选举，坚持了切实保护公民平等选举权的立场，从而使平等公正地分配议席成为美国社会中不可逆转的历史潮流。1966年哈里斯民意测验（Louis Harris Poll）显示，76%的人支持沃伦法院的判决。[3]

贝克诉卡尔案已经过去40年了，但它所昭示的原则仍然发人深省。现代民主社会不应仅仅满足于公民权利在形式上的外在平等，而应该追求和保证实质性的内在平等。否则，公民的宪法权利就不可能得到真正的保护。贝克案告诫后人，在社会的有序发展和政治体制的运作中，司法部门永远都是一个极为重要的参

---

① Robert Kelley, *The Shaping of the American Past*, Vol., Ⅱ, New Jersey: Englewood Cliffs, Prentice-Hall Inc., 1990, p. 711.

② *Gray v. Sanders*, 372. U. S. 386 (1963), *Wesberry v. Sanders*, 376 U. S. 1 (1964); *Reynolds v. Sims*, 377 U. S. 533 (1964).

③ Howard Ball, *The Warren Court's Conceptions of Democracy: An Evaluation of the Supreme Court's Apportionment Opinions*, p. 198.

与者。若要使法院能够成为推动社会进步的动力，切实地履行其所肩负的维护社会公正的职责，司法部门就应以务实的司法理念为指导，更多地关注社会现实，而不能仅仅拘泥于僵化和过时的司法原则。惟有如此，司法机关才能真正成为宪政法治和社会公正的守护神，社会的民主化与法治化才能真正地实现。让我们永远记住霍姆斯大法官的名言："我们需要学会超越我们自己的信念，让有序的法律变化去废除我们曾经珍视的东西"。[①]

（白雪峰）

① Oliver Wendell Holmes, Jr., "Law and the Court: Speech at a Dinner of the Harvard Law School Association of New York on February 15, 1913", Sheldon M. Novick, ed., *The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of of Oliver Wendell Holmes*, Chicago: University of Chicago Press, 1995, Vol.3, p.507.

# 18. 公正审判与对穷人的司法援助

## ——吉迪恩诉温赖特案（1963）[1]

最大限度地保护公民的基本权利，是现代法治社会的一个重要特征。美国宪法第6条修正案规定，刑事被告在法庭受审时，有权请律师为其辩护。但是，由于人们在金钱和财富方面的不平等，这种表面上人人平等的宪法权利，实际上隐含着实质上的不平等。那么，在通常需要破费巨额金钱才能买到程序公正和平等法律保护的法治社会里，贫穷被告若是惹上了刑事官司该怎么办呢？法院如何保证穷人在法庭上受到公正平等的审判呢？美国最高法院1963年对吉迪恩诉温赖特案（Gideon v. Wainwright, 1963）的判决，或许会引起人们的深思。

### （一）法治社会　穷人如何打官司？

美国是典型的法治社会，法律被视为处理各种社会矛盾和纠纷的最高准则。可是，这种法治社会至少有两个不招人爱的特点：一是律师和法官多得不计其数；二是法律诉讼的费用高得不可思议。在享有完善的法治带来的安定和秩序的同时，美国人也饱受多如牛毛、难以承受的诉讼之累。

据统计，2亿7千多万人口的美国社会，平均每年至少有

---

① *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335 (1963), http://laws.findlaw.com/us/372/335.html.

1200万起诉讼官司，而打官司自然要求助于律师的专业技能和知识。在美国的司法体系中，法院审判一向采取抗辩式的审判制度，即双方律师在法官和陪审团面前，唇枪舌剑，抗辩盘诘，直至案情真相大白，或接近真相大白。如果没有律师相助，普通人打赢官司的可能性微乎其微。按美国人的说法，律师一方面可以根据法律，主持公道，澄清是非，解决纠纷；一方面也能够钻法律的空子，颠倒黑白，混淆是非，制造麻烦。所以，美国社会永远都需要数量众多的律师帮助人们打官司。

美国人口只占全球总人口5%，但全世界70%的执业律师都在美国。由于律师成群结队，饥如蝗虫，再加上司法程序复杂繁琐，法律法规浩若烟海，成文法与案例法相互引证，难似天书，致使法律诉讼的费用极为昂贵。1995年，加州政府跟O·J·辛普森的“梦幻律师队”过招儿，一年多下来花了纳税人800多万美元，最后还是没能把辛普森定罪，银子全打水漂儿了。据统计，在1999年度，美国人因打官司被律师拿走的诉讼费高达3000多亿美元，几乎相当于澳大利亚半年的国民生产总值。在很多美国人的心目中，律师有时就是不拿刀子也敢抢银行的江洋大盗。

这样一来，人们自然会有一个疑问：在通常需要破费巨额金钱才能买到程序公正和平等法律保护的法治社会里，如果一个贫穷被告人，而不是辛普森那样的“大腕”惹上了刑事官司该怎么办呢？换句话说，法院如何保证请不起律师的穷人在法庭上受到公正平等的审判呢？

信不信由你，如今在美国，昂贵的刑事律师费用已与穷人没有太大关系。根据美国最高法院的判例，穷人因刑事犯罪打官司时，是用不着自己掏腰包请律师辩护的。贫穷被告一旦犯事儿，惹了刑事官司的麻烦，只需在法院填写一张专门的表格，证明自己家境贫寒，那点儿微薄的收入仅供糊口，根本雇不起律师就行了。一旦对簿公堂，自有法庭委派的辩护律师免费侍候。这种仿

佛是“天上掉馅儿饼”的好事，与一位狱中案犯上书联邦最高法院，为自己喊冤叫屈的著名案例有直接关系。

## （二）正当程序　是否包括律师权？

根据1791年批准的美国宪法第6条修正案，刑事被告在法庭受审时，有权请律师为其辩护。可是，谁都知道，虽然金钱不是万能的，但请律师出庭辩护，没有钱却是万万不能的。此后100多年来，此款宪法修正案，实际上只保护了有钱人的人权。对于穷得揭不开锅的穷苦被告来说，这条法律只是画饼充饥。

这种不公正情况，直到20世纪30年代才得到初步改善。1932年，美国最高法院在著名的鲍威尔诉阿拉巴马州（Powell v. Alabama, 1932）案规定，各州法院应免费为被控死罪的穷苦被告人提供辩护律师。舒赫兰大法官（George Sutherland, 1922—1938任职）在判决书中一针见血地指出：“在很多案例中，被告人倾诉的权利，如果不包括律师代为倾诉的权利，那么这个权利就没有多大意义”。[①]

鲍威尔案固然是一个很大的历史性进步，但也有人开玩笑说，这不是鼓励穷人犯死罪吗，穷小子必须有种把事儿犯到以死刑起诉的份儿上，才够资格享受一回免费律师服务的待遇。针对种种指责，1938年，最高法院在约翰逊诉泽伯斯特（Johnson v. Zerbst, 1938）[②]案中，对宪法第6条修正案中关于律师权的条款做出了前所未有的宽泛解释。最高法院裁定，在各级联邦法院

---

① *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 68 - 69 (1932), http: //laws.findlaw.com/us/287/45.html.

② *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938), http: //laws.findlaw.com/us/304/458.html.

中，无论被告人被指控的是死罪或是其他刑事罪行，法庭都必须免费为贫穷被告提供律师。

但是，联邦最高法院对约翰逊案做出的裁决，只适用于各级联邦法院，对各州法院则毫无约束力。其原因是，宪法第6条修正案是著名的《权利法案》（美国宪法前10条修正案）中的一项，而根据联邦最高法院的最初解释，《权利法案》只对联邦政府具有约束力，但不适用于各州政府。制宪先贤当年制定《权利法案》的主要目的，是严格限制联邦政府的权力。在当时的历史和法律环境下，人们最担忧的是联邦政府权力过大，专制独裁，而非13个州政府各自为政，各行其是。

颇具讽刺意味的是，在美国宪政史上，联邦政府在众目睽睽之下基本上循规蹈矩，反到是“天高皇帝远”的各州和地方政府经常任意侵犯公众权利。可是，由于美国是一个联邦制国家，每个州都如同一个独立的小国，有着50部各具特色的州宪法和50部不尽相同的刑法。美国的司法体系也是一种双轨制，分为联邦法院系统和州法院系统。依照分权和制衡的原则，管理各州公民个人权利和日常活动的权力属于州政府。一般而言，联邦政府无权干预各州在这些领域的法律和司法程序。

约翰逊案裁决的适用性虽然有限，但在此裁决的影响下，1942年，一位名叫贝茨（Smith Betts）的案犯大胆上诉，在贝茨诉布兰迪案（Betts v. Brady, 1942）[①]向联邦最高法院提出了新的挑战。贝茨是马里兰州一家农场的失业工人，因涉嫌抢劫被捕。在马州法院受审时，他坚称自己是冤枉的，并要求法院为他提供一位免费律师，但遭到法官拒绝，理由是此案并未涉及死罪。由于没钱请律师，贝茨只好自充律师，自我辩护，但因缺乏法律知

---

① *Betts v. Brady*, 316 U.S. 455 (1942), http: //laws.findlaw.com/us/316/455.html.

识和庭辩经验，他无法在法庭上令人信服地证明自己清白无辜，结果被判处8年有期徒刑。贝茨不服判决，写了一份请求联邦最高法院颁发调卷令（Writ of Certiorari）[①] 的申诉书，希望最高法院大法官出面干预，保护州法院系统贫穷被告人的联邦宪法权利。

贝茨诉布兰迪案在最高法院引起了很大争议。在美国宪政史上，针对州和地方政府对公民宪法权利的侵犯远比联邦政府为甚的严重问题，尤其是针对南北战争后保障黑人宪法权利的迫切必要，1868年国会和各州批准通过了宪法第14修正案。它规定：任何一州，都不得制订或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律；不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产；州在其管辖范围内，不能拒绝给予任何人以平等的法律保护。可是，《权利法案》是否应属于"正当法律程序"中的一部份？各州公民的哪些个人权利应纳人联邦政府保护范围？对于这些重要的宪政问题，由于内战后南方错综复杂的政治和历史环境，第14修正案未予明确说明。

支持贝茨上诉的法官们认为，各州公民的律师权，是每一位美国公民的基本宪法权利，州法院拒绝向非死刑罪嫌犯提供免费律师的做法，违反了宪法第6修正案；而第6修正案关于被告律师权的规定，应成为第14修正案关于各州应遵循的"正当法律程序"的一个组成部份。反对派则认为，向非死刑罪嫌犯提供律师，将会导致各州纳税人负担过重，第14修正案关于"正当法律程序"的条款中没有、也不可能包含州法院应向贫穷被告免费提供律师的含义。最后，反对派占了上风，最高法院以6比3三票之差驳回了贝茨的上诉。

① 在英美普通法系，当下级法院的判决受到异议时，上级法院向下级法院下令，要求调阅有关案子卷宗的命令。

在英美普通法系中，最重要的一项原则是“遵循先例”(stare decisis)，以维持社会秩序的相对稳定，避免朝令夕改，使民众无所适从。这样，直到1963年，联邦最高法院才在吉迪恩案的判决中裁定，律师权是每一位美国公民不可缺少的宪法权利，各州法院应为被控刑事重罪的贫穷被告免费提供辩护律师。这一里程碑式的重要判决，在联邦政府把各州公民基本权利纳入联邦宪法保护的道路上迈进了重要一步。

## （三）班门弄斧　穷汉自充律师

与美国宪政史上一些著名的大案要案一样，吉迪恩诉温赖特案与一位不起眼儿的小人物的命运密切相关。克拉伦斯·吉迪恩(Clarence E. Gideon)是美国佛罗里达州巴拿马市的一个白人穷汉，只有初中文化水平（美国实行中小学12年制义务教育，吉迪恩的学历为8年级)。1961年，他因涉嫌闯入一家台球厅兼小型旅店行窃而被捕，被控从台球厅内的酒吧中窃取了十几瓶罐装饮料、啤酒和葡萄酒，以及从自动售货机中盗窃了总额为65美元的硬币。

1961年6月，州地方法院开庭审理吉迪恩案，主审法官是麦克拉瑞（Robert L. McCrary, Jr.）。开庭前，法官按常例询问原告和被告是否已做好出庭准备。吉迪恩回答说，本人一贫如洗，无钱请律师，所以毫无准备。接着，吉迪恩顺水推舟，要求法官为他提供一位免费律师。麦克凯瑞法官回答说，根据佛罗里达州的刑事诉讼法，州法院只为那些为被控死罪的穷人提供律师，由于目前控方对被告的指控离死罪远了去了，所以法庭不能向他提供免费律师。

吉迪恩虽然文化程度不高，但偶尔也翻翻报纸，对联邦最高法院的一些著名判例略有所闻。于是，他鼓起勇气对法官说：联

邦最高法院已有规定，像我这种类型的被告人，有权得到免费律师的帮助。麦克凯瑞法官一时给问愣住了，他原打算解释一下联邦法院与州法院是两回事，联邦最高法院 1938 年对约翰逊案的判决不适用于州法院之类的普法常识，但转念一想，觉得吉迪恩只是个不懂装懂的主儿，对这号儿法盲继续解释下去恐怕也是对牛弹琴，白费口舌。所以，麦克拉瑞法官干脆就没搭理吉迪恩的质问，他在法庭记录上草草写下了吉迪恩提出的问题，然后将法槌重重敲下，宣布审判正式开始。

吉迪恩见法官对自己的问题不屑一顾，知道自己是在班门弄斧，心里凉了半截，只好在审判过程中鼓起勇气为自己做无罪辩护。代表州政府起诉吉迪恩的是助理检察官哈里斯（William E. Harris），此公有法学博士（J.D.）头衔。相比之下，斗胆自充律师的吉迪恩只是个初中生，没受过任何法律专业教育和律师训练，对刑事审判的程序和规矩一脑门子浆糊，对法官和检察官嘴里蹦出的一连串法律术语更是晕头转向，再加上过度紧张，吉迪恩在法庭上手足无措，拙口钝舌，词不达意，根本就不是哈里斯的对手。

更不利的是，陪审团完全站在控方一边，丝毫不同情小民吉迪恩。这实际上与吉迪恩本人缺乏法律知识有直接的关系。陪审团是英美法系中一个非常重要的审判制度，法院审理案件的一个关键性程序就是挑选陪审团。一般在审判之初，由法官和控辩双方律师一起从当地居民的名单中随机挑选出 6 名或 12 名陪审员，由这些陪审员全程听完整个案件控辩双方的全部陈述和辩护，然后，陪审团举行闭门会议，对被告是否有罪进行表决。如果一致裁决有罪，即由法官依法量刑判决。如果一致裁决无罪，被告则可当庭释放。但是，陪审团的裁决必须是一致的决定，如果有一人意见相左，即成为流审（mistrial），案件必须重新开庭审理。

正因如此，控辩双方律师对挑选陪审员都极为重视。哈里斯

检察官费尽心机挑选出的陪审员，不是一些其家庭成员或朋友为犯罪受害者，就是有亲属和朋友在执法部门工作，或是对贫困犯罪嫌犯有偏见的候选人，他们自然很容易支持控方的指控。依照佛罗里达州法律，在挑选陪审员的过程中，控辩双方对另一方提名的陪审员，各有20次否决权，而且不需讲出任何理由。可是，吉迪恩压根儿就不知道自己居然拥有如此重要的权利，因此，他稀里糊涂地照单全收了检察官提出的陪审团名单。结果，官司尚未开始，吉迪恩就先输了一半，处于绝对劣势地位。

哈里斯检察官向法庭提供的主要证人，是一位名叫库克(Henry Cook)的游手好闲之徒。根据警方纪录，警察发现台球厅被盗后，曾向当时正在附近"闲逛"的库克了解情况。库克报告说，案发当天早晨5点30分，台球厅的窗户已被人砸破，他透过窗户看见吉迪恩在台球厅里；吉迪恩出来时，手里拿着一瓶葡萄酒，随后，吉迪恩到附近的电话亭打了个电话；不一会儿，一辆出租车开来接走了吉迪恩。库克在法庭作证时，向陪审团重复了这一套证词。

面对这一对自己极为不利的证词，自扮律师角色的吉迪恩一上来就问：库克先生，你是否曾有犯罪前科？吉迪恩能向控方证人提出这个问题，说明他还不是个法盲。在美国的刑事审判程序中，法律允许律师出庭时，采用揭露对方证人品行不端的办法来反证其证词靠不住，进而彻底否定对方证人出庭作证的资格。看来，麦克凯瑞法官低估了吉迪恩的法律水平。

听到问话，库克大吃一惊，他强作镇静，含含糊糊地回答说，本人没有前科。吉迪恩也就没有刨根问底，继续追问。实际上，吉迪恩即使继续追问下去也是白搭，由于交不起保释金，吉迪恩被捕后一直被关押在拘留中心待审，无法利用交保后在狱外待审的机会打探控方证人的真实身份，也无钱聘请律师或私人侦探去调查对方证人的背景，他的问话只是虚张声势而已。

接下来，当轮到由吉迪恩对库克的证词进行交叉盘问时，由于缺乏逻辑性和盘问技巧，吉迪恩提出的问题颠三倒四，杂乱无章，没有一个问到点子上，结果失去了一次为自己洗清冤屈的良机。虽然吉迪恩也请来8位证人出庭作证，但在这些人中，有的文化太低，脑袋瓜迷糊，讲不出个子丑寅卯；有的啰哩啰嗦，结结巴巴，只澄清了一些无关紧要的小事，没有一个人的证词起到为吉迪恩洗脱罪名的作用。另外，吉迪恩有因盗窃罪入狱的前科，使他处于非常不利的地位。最后，陪审团判决吉迪恩有罪，麦克拉瑞法官对刺头儿吉迪恩判处量刑范围内最重的刑罚——5年监禁。

## （四）时来运转　上诉恰逢其时

因为没有律师，吉迪恩连州上诉法院的门在哪儿都不知道，出了法庭就进了大狱。但他是那种脾气像倔驴一样的汉子，无论如何也要给自己讨一个说法。在州监狱服刑期间，吉迪恩利用狱中的图书馆，没日没夜地刻苦自学法律，特别是对与美国宪法修正案有关的法律和案例尤为用心。一番恶补之后，他终于对联邦与州法院之间的复杂关系以及上诉程序略有所知。向州最高法院申诉无效之后，吉迪恩利用法律规定的穷人免费申诉特权，在狱中用铅笔给联邦最高法院大法官写了一份“赤贫人申诉书”（In

Forma Pauperis)。[①]

在申诉书中，吉迪恩现炒现卖，用上了刚学会没几天的法律术语，为自己的案子鸣冤叫屈。吉迪恩声称，他因贫困而被州法院无理剥夺了请律师辩护的宪法权利，依照宪法第14修正案的规定，各州政府“不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产”。因此，州法院违反了正当程序原则，判决是不公正的。

别看吉迪恩文化不高，他的申诉书却写得条理分明、重点突出。在申诉书中，吉迪恩没有向大法官啰哩啰嗦地解释自己冤案的细节，而是紧紧抓住与州政府有关的宪法第14条修正案不放，使申诉书一下子具有了一种高屋建瓴的气势，显得特有份量，特上档次。要知道，联邦最高法院每年收到成千上万的上诉，真正立案审理的，只能是那些具有全局性指导意义的重大宪法案例，平均起来，当时最高法院每年开庭审理的案件只有140到170个左右。

实际上，申诉书水平的高低恐怕还是次要的，最关键的是，与生不逢时的贝茨不同，吉迪恩的上诉赶上了好年景，堪称恰逢其时，歪打正着。收到吉迪恩的上诉后，最高法院首席大法官沃伦（Earl Warren，1953－1969任职）如获至宝，喜出望外。在60年代民权运动风起云涌的背景下，大法官们已注意到1942年贝茨案判决的严重弊端，意识到贫穷被告在美国司法审判程序中缺

① 拉丁文，原意为“用乞丐的方式”。在这类申诉中，当事人不必交纳300美元申诉费，递交程序和文书规范也大大简化，申诉书不必打印，只要写在纸上能看清就行。可是，由于这类申诉人的法律知识和文化水平普遍较低，虽然苦大仇深，但却经常辞不达意。据统计，以“赤贫人申诉书”形式申诉，被最高法院立案审理的机会只有1%。相形之下，如果聘请律师以正常方式申诉，被立案审理的机会大约为10%。

乏平等保护的严重问题。多年以来，最高法院一直在寻找适宜的机会，修正这个歧视穷人的判例。

可是，根据“不告不理”这一防止司法部门过份揽权的制衡原则，最高法院无权主动出击，无权采取任何主动行动修改现行的法律和判例。所以，沃伦法官只得叮嘱负责前期处理上诉案卷的法官助理们，如果发现与穷人律师权有关的上诉案件，火速呈报，不得延误。这样，穷汉吉迪恩的大胆上诉，十足地验证了一句老话：“赶得早，不如赶得巧！”

收到吉迪恩的申诉书后，最高法院很快决定立案审理，案子称为“吉迪恩诉温赖特”（倒霉的温赖特是佛罗里达州监狱的监狱长）。为了确保能够打赢这个意义重大的案子，沃伦大法官推荐福塔斯（Abe Fortas）出任吉迪恩的免费律师。此公曾任罗斯福总统内阁内政部副部长，是一位能言善辩的著名大律师。在吉迪恩案后不久，他被当时的约翰逊总统任命为联邦最高法院大法官（1965—1969任职）。福塔斯虽然出生于中下阶层家庭，但却喜欢奢华，注重场面，派头十足。开庭之日，他驾驶一辆比较罕见的豪华型罗尔斯·罗依斯（Rolls Royce）轿车到场，引起了新闻媒体的特别注意。[①]

在1963年1月的法庭辩论中，福塔斯律师口若悬河，慷慨陈词。他认为，在美国的刑事审判程序中，律师是公正审判的一

---

① 由于“经济问题”和新闻媒体的特别关照，福塔斯出任大法官后栽了大跟头。此公原是日进斗金的大律师，任职最高法院后，收入大减，但豪华生活依旧，虽有“高薪”，但仍入不敷出。1968年夏季，他在美利坚大学法学院讲授宪法课，接受了1万5千美元的酬金，结果舆论界大哗。次年，新闻媒体指控他涉嫌从一家基金会得到2万美元咨询费。福塔斯本人坚决否认指控，但迫于舆论压力和遭到弹劾的危险，他于1969年黯然辞职。在美国最高法院200余年历史中，福塔斯是惟一因行为不检而被迫辞职的大法官。

个重要因素；由于法律极度复杂，连律师打官司都需要请律师或律师团出庭辩护，可见律师的重要性。相形之下，1942年贝茨案订下的规则对穷人极不公平，请不起律师的穷人与那些可以一掷千金买到最佳法律服务的富翁相比，反差实在太大。这样，宪法规定的律师权条款，实际上沦为只有富人才能享有的法律特权，这显然违反了宪法第14修正案中关于对公民平等法律保护的条款。他进一步强调，宪法第6项修正案规定的律师权条款，应当属于第14修正案中“正当法律程序”的一部份，州公民的律师权应纳人联邦政府的保护范围，而不应由各州政府自行决定。福塔斯特别指出：“历史已经明确证明，贝茨诉布拉迪案裁决是错误的”。[①] 道格拉斯大法官（William O. Douglas，1939—1975任职）后来回忆说，在他36年的大法官生涯中，福塔斯在吉迪恩案中的滔滔雄辩是他听到的最佳法庭辩护。[②]

代表佛罗里达州出庭应诉的律师不同意福塔斯的观点，他振振有词地指出，与联邦法院不同，州法院要受理包括交通违规案在内的各种大小案件。如果联邦最高法院硬性规定各州法院应向穷人免费提供律师，不仅意味着联邦政府违背分权和制衡原则，干涉传统上属于各州政府的权力，而且将会给各州纳税人造成巨大负担。另外，如果硬性规定各州应向贫穷被告提供律师，那照此推论下去，贫穷被告今后还会要求免费提供精神心理医生或其他专家咨询，“最高法院如此行事，实际上是要求各州采用社会

---

① 引自 Anthony Lewis, *Gideon's Trumpet*, New York: Random House, 1964, p.180.

② William O. Douglas: *The Court Years: 1939 - 1975: The Autobiography of William O. Douglas*, New York: Random House, 1980, p.187.

主义制度或一种罪犯福利制度”。[1]

需要指出的是，早在1942年贝兹案时，全美已有35个州规定，即使是一般的刑事重罪，法院也应向请不起律师的穷人提供律师服务。但南部一些经济比较落后的州却一直没有这样作，佛罗里达州就是其中之一。在吉迪恩一案审理过程中，一共有22个州敦促最高法院推翻贝兹案，只有包括佛罗里达在内的3个南方州明确表示坚决反对。

1963年3月18日，最高法院9位大法官全体一致裁决，律师权属于公平审判的最基本内容，应当纳人宪法第14修正案中“正当法律程序”的保护之列。布莱克大法官（Hugo Black，1937—1971任职）在判决书中指出：“理智和思维要求我们认识到，在我们抗辩式的刑事审判体系中，任何一个被指控的人，如果因贫穷请不起律师，就不会受到公正的审判，除非法院给他指派一个律师。对我们来说，这是显而易见的真理”。布莱克法官的结论是：“在刑事法院，律师是必需而非奢侈”（necessities，not luxuries）[2]。

1966年，在著名的米兰达诉亚利桑那州案（Miranda v. Arizona，1966）中，最高法院再次重申，各级法院应为穷人免费提供司法援助。美国警察在抓获嫌犯后必须高声宣读的“米兰达告诫”中的第四条，即如果犯罪被告人请不起律师，法院将免费为其指派一位律师的规定，就是源于1963年对吉迪恩案的判决。

这样，在福塔斯律师的帮助下，吉迪恩终于在最高法院为穷人打赢了一场争取律师权的战役。可是，吉迪恩的麻烦并未了结，为了证明自己清白无辜，他还需要在州法院再打一场官司。

---

① Lawson, Don, *Landmark Supreme Court Cases*, Hillside, NJ: Enslow Publishers, 1987, pp. 69 – 70.

② *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 344 (1963).

联邦最高法院裁决下达后，佛罗里达州监狱里欢声雷动，州地方法院不得不重新开庭审理此案。按照新订的规矩，法院为吉迪恩免费提供了一位名叫弗莱德·特纳（W. Fred Turner）的辩护律师。

在复审过程中，特纳律师向陪审团证明，首先，控方的主要证人库克在初审时向陪审团隐瞒了他本人的犯罪前科，这号撒谎成性的证人的证词根本靠不住；其次，特纳律师告诉陪审团，由于广告牌的遮挡和距离较远等原因，库克透过窗户不可能清楚地辨认台球厅里的人。在特纳律师技巧地交叉盘问下，库克被迫当庭承认，他当时的确无法清楚地辨认台球厅内的案犯；再次，特纳律师找到了库克在证词中提到的那位出租车司机。这位司机出庭作证说，吉迪恩在案发清晨乘车时，手上没有拿着一瓶葡萄酒，兜里也没鼓鼓囊囊地装满大量硬币。最后，特纳律师告诉陪审团，吉迪恩以前曾在这家台球厅干过半职工作，他至今仍持有大门的钥匙，所以不可能采用打破窗户的手段做案。庭辩结束后，陪审团经研究后宣布，对吉迪恩的所有指控均不成立，吉迪恩被当场释放。

警方后来发现，这起盗窃案的真正案犯竟然是库克。他故意陷害吉迪恩以求逃脱惩罚。在这起冤案中，警方急于破案，邀功请赏，所以偏听偏信，误抓了吉迪恩。以伸张正义面目出现的州检察官，单纯追求检方“胜诉率”，在证据并不充足的情况下，利用穷汉吉迪恩没有律师的不利处境，在挑选陪审员和培训出庭证人等方面占尽先机。吉迪恩虽然清白无辜，但却陷入了有苦难言，有口难辩的困境。

毫无疑问，如果没有对穷人的司法援助，贫困阶层作为社会中的弱势群体，其合法利益将无法得到良好保障。实际上，即使吉迪恩真的涉嫌犯罪，他仍然有权利受到公平的审判和公正的待遇。如果一个社会长期忽视保护贫困阶层犯罪嫌犯的合法权利，

片面强调以恶制恶、以黑对黑、从重从快，则法庭和监狱有可能沦为贫困阶层诅咒社会黑暗不公，滋长反社会和暴力破坏行为的温床和教室。

## (五) 和平渐进　维护穷人权利

吉迪恩案结束后，佛罗里达州和全美其他各州监狱中，共有数千名在押犯人因当年受审时没钱请律师辩护，后来都获得了重新开庭复审的机会。复审后，多数人的最终判决是无罪释放。吉迪恩一时成为深受小民百姓仰慕的英雄好汉。

吉迪恩这个无权无势、文化不高、一贫如洗的穷汉，大胆上诉最高法院，挑战刑事审判程序的故事，在全美各地引起了很大震撼。颇有商业眼光的出版商迅速推出由《时代》周刊常驻最高法院记者刘易斯（Anthony Lewis）撰写、详尽报道整个案情的记实性著作《吉迪恩的号角》（*Gideon's Trumpet*），出版后大获成功。好莱坞也不甘落后，凑热闹拍摄了一部根据此书改编的同名故事片，由著名影星亨利·方达（Henry Fonda）出演吉迪恩一角，使吉迪恩其人其事名声大噪。

1972年吉迪恩病逝后，美国公众自由联盟出资捐赠了一块大理石墓碑，为这位在美国宪政史上留下独特痕迹的小人物树碑立传。碑文摘自吉迪恩在“赤贫人申诉书”中用铅笔写下的一句话：“我相信，每一个时代都会发现法律的改善”[①]（I believe that each era finds a improvement in law）。这句话虽然看上去平平淡淡，

---

① 引自 Anthony Lewis, *Gideon's Trumpet*, New York: Random House, 1964, p.78.

而且有明显的语法错误[1]，但却体现了一个朴素而深刻的宪政原理：法律的改善具有渐进性和时代性。法律只有与时俱进，不断改善，才能在不同的时代和历史条件下，在不同的社会阶层和利益集团之间维持一种微妙的平衡，缓和社会矛盾，促进社会公正。

吉迪恩案提醒人们，即使在号称民主典范的美国，宪法中所规定的公民神圣权利也不是自动兑现的。宪政法治的实现，并非是把冠冕堂皇的高尚字眼儿和高级法原则载入宪法，便可一劳永逸，万事大吉。回顾美国法律保护贫穷被告律师权的历史进程，从1791年的宪法第6项修正案，到1932年鲍威尔案、1938年约翰逊案、1942年贝茨案，最后是1963年吉迪恩案，经历了一个长达170多年的宪政历程。在这期间，没有穷人革命、枪林弹雨、改朝换代、血流成河；也很少听到经邦济世、解民倒悬、自由人权、道德正义之类的清谈。在宪政法治的有序运作之下，联邦最高法院启动司法审查权，根据时代变化和社会发展，不断地对宪法条款予以全新解释，以和平渐进的方式调整阶级矛盾和利益冲突，逐渐地扩大了对贫穷被告宪法权利的保护范围。美国的宪政历程，实际上就是美国宪法循序渐进、调整改善、适应现实、不断更新的历史过程。正因如此，美国宪法才具有长久的生命力，真正成为一部“活着的宪法”(the living constitution)。

一部人类社会的历史，从某种意义上说就是一部少数有权有势的富人压迫多数穷人的历史。当剥削和压迫超过了一定的限度时，人民不得不揭竿而起，其中受害最深、走投无路的贫困阶层和弱势群体，则成为一种破坏性极大的力量，沦为少数野心家改

---

[1] 以元音打头的英语单词improvement之前，不定冠词应当用an。吉迪恩虽然敢于挑战司法程序，但他的英文水平实在不咋地。如果没有律师帮助，他打赢官司的可能性恐怕是微乎其微。

朝换代的工具。形成一种革命产生暴君，暴君施行暴政，暴政制造暴民，暴民引发革命的恶性循环。而美国的立国和发展具有得天独厚的条件，深受英国普通法影响的移民在新大陆另起炉灶，创立了三权分立与制衡的宪政体制。由于土地辽阔，机会众多，边疆开发分散社会压力，而且没有封建结构束缚，使经济发展、科技进步和民主政治三位一体，相互促进。随着社会改革运动的兴起以及制度的逐步改良和创新，社会中的恶性贫富悬殊现象得到了一定控制，逐渐形成了一种“两头小、中间大”的枣核形的中产阶级社会，阶级矛盾有所缓和。

应当指出的是，中产阶级虽然是社会稳定的中坚力量和宪政法治的维护者，但却具有小市民阶层目光短浅和资产阶级唯利是图的双重性。在相当程度上受中产阶级选民选票影响的各级立法部门中的政客们，在通常情况下，不太可能制定和通过维护贫困阶层和弱势群体利益的法案。可是，由于美国宪政体制中独特的司法审查制度，非民选的联邦最高法院却可以深谋远虑，特立独行，从国家和社会的根本利益和长治久安考虑，以司法判决的形式，维护民主社会中那些根本没有发言机会的弱势群体的利益。

1972 年，美国最高法院在阿杰辛格诉汉姆林（Argersinger v. Hamlin，1972）案[①]裁定，州法院应免费为被控仅犯刑事轻罪（最高惩罚为一年以下监禁）的贫穷被告免费提供律师。但普通民事案件和轻微的交通违规案件不算在内。可是，如果一项民事案件具有重要意义，当事人雇不起律师，一般会有一些民权团体或利益集团主动找上门来，免费帮助当事人打官司。比如，美国公众自由联盟（ACLU）经常免费提供大牌律师，帮助小民百姓起诉那些因公民宪法权利受到侵犯的民事案件；著名的全美有色

---

① *Argersinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25 (1972), http://laws.findlaw.com/us/407/25.html.

人种协进会（NAACP），则以免费代理少数族裔当事人把具有重大意义的民权诉讼案向联邦最高法院上诉而著称。

这样，自1972年以后，甭管事大事小，全美各地的穷人一旦因刑事罪被告上法庭，各级法院必须免费为穷人提供公共辩护律师。为此，全美大多数大城市和一部分州都设立了由政府出资、专门为贫穷被告服务的公共辩护律师办公室。没有这类机构的地区，则由法官请私人律师代劳，案后由法院支付律师费用。

但是，天下没有真正免费的馅儿饼，也没有真正完美无缺的法律和法规。在美国社会中，由于贫困阶层犯罪率较高（贫困阶层约占全美人口总数15%左右，但却占罪犯总数60%左右），致使司法成本急剧增加。实际上，这笔维护司法公正、保护社会中弱势群体合法权利的费用，最终被转嫁到中产阶级纳税人身上。

美国联邦和州各级法院日常运作的经费，主要来自纳税人交纳的税金。然而，由于中产阶级纳税人不堪重负，叫苦连天，所以，联邦和州各级法院付给公共辩护律师的酬金，通常大大低于那些非公共辩护律师办案的收费。比如，为O·J·辛普森被控杀人案作辩护的律师和刑事鉴定专家，每小时收费高达500美元；再如，1994年在美国阿拉巴马州，私人执业律师的最低收费为每小时125美元。可是，根据阿拉巴马州法院1994年的规定，公共辩护律师在庭外研究案情时，每小时的酬金仅为20美元；出庭辩护时的酬金仅为每小时40美元。另外，一位公共辩护律师承办一个案子所得报酬的总金额，不得超过1000美元。[1]

这样一来，由于公共辩护律师这一行报酬过低，所以除了一些替天行道、仗义疏财的大牌律师时常不计金钱，为穷人出庭打抱不平之外，出任这种免费公共辩护工作的律师，大多数都是一

---

① 参见 Victoria Sherrow, *Gideon v. Wainwright: Free Legal Counsel*, Springfield, NJ: Enslow Publishers, Inc., 1995, p. 70.

些初出茅庐的新手或是一些七老八十快退休的主儿。他们处理一些比较简单的案子还马马虎虎，一旦碰上错综复杂的大案，则难免犯傻露怯，使这种法律服务的质量大打折扣。如今在美国，保障穷人律师权的问题，实际上已逐步演变为如何保证贫穷被告人获得称职的公共辩护律师的全新难题。

一个设计合理的法律制度和社会制度，应当能够在不同的社会阶层和利益集团之间保持一种合理和动态的平衡。可是，由于市场经济和价值规律的无情法则，在美国司法制度中，公共辩护律师平均水平较低的现象恐怕很难避免。要是美国的穷人一上法庭，人人都能免费享受一回O·J·辛普森案中“梦幻律师队”那种高水准的“司法援助”，那才真叫天上掉馅儿饼呢。

（陈　伟）

# 19. 对新闻自由的挑战：诽谤还是舆论监督

## ——《纽约时报》公司诉萨利文案（1964）[①]

在美国社会中，新闻媒体被称为“无冕之王”。由于有美国宪法第1条修正案的保驾护航，它不仅不是政府的喉舌，反而是监督政府的重要力量。可是，由于种种主客观因素的局限，新闻媒体对政府的舆论监督不可能做到百分之百准确无误。这样，新闻报道一旦有误，常常会引发涉及巨额罚款的诽谤大案，让新闻媒体吃不了兜着走。1964年的《纽约时报》公司诉萨利文一案，就是因政府官员控告《纽约时报》犯有诽谤罪而引发的一个重大诉讼案。

### （一）一份政治广告　引发一个诽谤官司

中国社会的传统是升官发财，美国社会的传统是发财当官。1961年，福特汽车公司总裁麦克纳马拉出任当时年薪为2万5千美元的国防部长一职，而此公当时在福特公司的年收入，薪水加股票共高达100多万美元。30年后，美国最大的海洋石油工程公司——哈里伯顿公司总裁切尼也放弃128万美元的年薪和60

① *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), http://laws.findlaw.com/US/376/254.html.

万美元的其他补贴（并卖掉自己在该公司持有的、且正在上涨的4550万美元的股份），出任年收入仅为18万美元的副总统。不过，虽然当官期间根本发不了财，但淡出政界后，往往却可以捞上一大笔。从老布什政府中卸任后，切尼之所以能够成为大石油工程公司的老总，不过是因为那些董事们看中了切尼的“海湾价值”：作为国防部长，切尼在海湾战争期间与阿拉伯产油国的王公贵族结下了“鲜血凝成的友谊”，而这家公司恰恰是海湾地区最大的石油工程承包商。克林顿当总统时年薪也就20万美元，但下台之后，凭着退休总统的头衔，他现在也可以大把大把地捞钱，其商业性公开演讲的开价是，海外20万美元一次，国内至少12万美元一次，两次演讲的收入就超过当总统时的年薪。卸任14个月，仅演讲一项，至少已经挣了1,000万到1,500万美元，可谓“金口玉言”。[1]现在，克林顿再也不需要靠朋友资助来打风流官司了。但是，总的说来，美国人出任政府高级公职不仅仅是为了发财，主要是为了施展个人的政治抱负，或是为了扬名天下。

但扬名天下绝非易事。一来美国新闻媒体全是私营的，没有哪家报纸或电视台会天天在头条新闻中可劲儿地夸奖、吹嘘政府官员的政绩，二是那些新闻记者和选民极难伺候，他们一天到晚变着法子地找当官儿的麻烦，各种批评、指责，甚至人身攻击和诽谤，常常把政府官员气得死去活来。可是，在大多数情况下，即使一不留神给气晕过去了，政府官员也只能忍气吞声，无法像平头百姓那样以诽谤罪起诉批评者并索取金钱赔偿。从这点上看，政府官员整个儿就是一倒霉蛋，享受的政治待遇还不如平头百姓。甚至连与美国无关的外国领导人，美国的媒体也不放过。1983年2月《时代》周刊发文，指责以色列前国防部长、现任

① “Citizen Clinton up Close”, *Newsweek*, April 8, 2002.

总理沙龙纵容黎巴嫩基督教民兵乱杀无辜，制造了1982年屠杀数百名巴勒斯坦平民的惨案。沙龙实在气不过，告到美国法院，但法庭却称，《时代》周刊的文章的确不实，但它并没有恶意，故沙龙声称的诽谤罪并不成立。沙龙之所以败北，是因为他遇到了一个难以逾越的障碍，这就是美国最高法院1964年在《纽约时报》公司诉萨利文案中订下的规矩。

这个故事还要从1950－60年代的美国民权运动说起。1954年，美国联邦最高法院作出了著名的布朗案判决，宣布南方公立学校中的种族隔离制度违反美国宪法的平等保护原则。此后，美国南方的黑人民权运动风起云涌，热火朝天。为了扩大影响，争取社会支持，1960年3月29日，黑人民权领袖马丁·路德·金（Martin Luther King，Jr.）等4名牧师，联络64位著名民权人士购买了《纽约时报》的一个整版篇幅，刊登了题为《请倾听他们的呐喊》（Heed Their Rising Voices）的政治宣传广告，为民权运动募捐基金。这幅广告猛烈地抨击了美国南方各级政府镇压民权示威的行径，其中特别谴责阿拉巴马州蒙哥马利市警方以“恐怖浪潮”对待非暴力示威群众的行为。广告还称，这些“南方的违宪者”正在一意孤行，镇压和消灭黑人民权运动及其领袖马丁·路德·金。

可是，后来发现，广告中有个别细节不够真实。比如，广告中说有几位黑人学生因领导和平示威而被警察驱出大学校园，实际上这几位学生是因在一家仅供白人就餐的餐厅前静坐抗议，使餐厅无法正常营业，违反了当时阿拉巴马州的种族隔离法和社会治安法而被驱，警察的行为基本上属于依法行事。又比如，广告称阿拉巴马州立学院的“全体学生”都抗议警察的这一行动，实际上只是大部分学生。还有，金博士被捕过4次，但广告上却说有7次。而且，有4名黑人牧师的名字是在本人不知情的情况

下，被列入到广告的署名中。[①] 另外，警方对广告中"南方的违宪者"的提法特别恼火。因为联邦最高法院在 1954 年布朗案中，只是判决公立学校中的种族隔离制度违宪，并未涉及其他领域中的种族隔离制度。

萨利文（L.B.Sullivan）是蒙哥马利市的民选市政专员（elected commissioner），负责当地的警察局，虽然政治广告并无一处提及他的尊姓大名，但他却打上门来对号入座，先是写信给《纽约时报》社抗议，[②] 继之干脆上法庭，控告阿伯纳斯（Ralph D. Abernathy）等 4 名在广告中署名的黑人牧师[③] 和《纽约时报》严重损害了他作为警方首脑的名誉，犯有诽谤罪，要求 50 万美元的名誉赔偿费。在他的带头下，其他一些被批评的官员也纷纷效法，控告北方自由派的新闻媒体，要求巨额赔偿。一时间，《纽约时报》总计被要求索赔达 5 百万美元之巨。

根据美国法律，只有原告和被告双方完全属于不同的州，才可以由联邦法院审理。现在，除了《纽约时报》作为附带被告外，原告萨利文和四名被告都是本州人，所以此案遂由充满偏见

---

① *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 258－259（1964）.

② 当时阿拉巴马州州长（John Patterson）也步萨利文后尘，对《纽约时报》提出抗议。《时报》不得不在 1960 年 5 月 16 日以"时报撤回广告中的声明"为题刊登对帕特森州长的道歉。这个"声明"是指政治广告的右上方，以时报编辑部名义发表的一段导言："由黑人掀起的不断增长的群众和平示威运动是南方的新事务，可以理解的事务……，让国会倾听他们的呼声，因为它们将被听到。"（广告的全文影印件见 376 U.S. 254 附录），并表示："刊登一份广告并不构成本报报道的事实新闻，也不反映本报编辑部的意见或判断。"转引自 Hunter R. Clark, *Justice Brennan: The Great Conciliator*, NY: A Birch Lane Press Book, 1995, p.216.

③ 国内很多材料上都说金牧师等 4 人，不确。至少萨利文控告的 4 人中没有金牧师的名字。Hunter R. Clark, p.216.

的当地法庭审理。而根据阿拉巴马州的法律，只要证明出版物的文字是“诽谤”，即使原告没有提供任何证据证明自己金钱上的损失，原告也可以提出民事赔偿要求，据此，蒙哥马利市地方法院陪审团（由清一色的白人组成）判决被告《纽约时报》应付原告50万美元名誉损失费。《纽约时报》不仅不服，而且作为自由派的大本营，非常愿意奉陪到底，把官司闹大，否则，以后类似的因报道有误而产生的官司还会接踵而来。

历时两年，这场官司才打到阿拉巴马州最高法院。《时报》的立场是，对报纸的诽谤罪裁定违反了宪法第1条修正案。1962年8月，州最高法院维持原判，并给诽谤罪下了一个很宽的定义：“任何刊出的文字只要有损被诽谤者的声誉、职业、贸易或生意，或是指责其犯有可被起诉的罪行，或是使其受到公众的蔑视，这些文字便构成了诽谤……”。《纽约时报》还是不服，聘请哥伦比亚大学著名宪法权威维克斯勒教授（Herbert Wechsler）和前司法部长布朗尼尔（Herbert Brownell）为律师，把官司一直打到了联邦最高法院。联邦最高法院认为这一官司事关重大，涉及到对公职人员的舆论监督，更涉及到美国宪法第1修正案中言论自由和新闻自由这样的基本公众自由问题，遂接下了这一案子。

## （二）当官挨骂实属正常　舆论监督不受限制

1964年3月，最高法院以9票对0票一致否决了地方法院的判决。本来，如此重要的判决肯定会由首席大法官沃伦亲自起草，但他当时被约翰逊总统任命为调查肯尼迪总统遇刺（1963年11月22日）事件委员会的主任，忙得不可开交，分身乏术，只好把撰写判决书的任务交给他最信任的同事威廉·布伦南（William J. Brennan, Jr., 1956－1990年任职）。

这里应当提几句这位以倡导公众自由、保护个人权利而闻名

于世的大法官。布伦南来自纽约旁边的新泽西州，成长在一个有8个孩子的天主教家庭。其父老布伦南是来自爱尔兰的移民，原来是酿酒厂卖苦力的司炉工，后来积极投身到工会运动中。布伦南10岁时，目睹了父亲因为工会工作而被警察打得头破血流，这情景让他终身难忘。而他印象更深的是，父亲就此事不懈努力，告倒当地市政府，讨回了公道。后来，老布伦南再接再厉，成功地当选为当地负责警察的市政官员。[①] 父亲的经历让他认识到法治的重要性和可能性。而父亲的嘱咐更使他终身难忘："无论一个人地位多么卑贱，他都应该和富人一样，获得《权利法案》每一条款的同样保护"。[②]

由于人口多，家庭负担重，布伦南从小就干送报纸、挤牛奶、灌汽油等杂活，因此对社会底层有较深的了解。由于学习成绩突出，他得以到哈佛大学法学院念书，并且是哈佛学生法律援助社的成员。但就在法学院的最后一年（1931年），父亲去世，经济来源断绝，布伦南一度考虑退学工作，但在法学院的帮助下，他最终完成了学业。像很多法学院毕业生一样，他先是做律师，后来做法官，1952年成为新泽西州最高法院的法官。1956年，艾森豪威尔出人意料地任命他为联邦最高法院大法官。[③] 原来，艾森豪威尔连着任命了两位共和党人作大法官，又有了第三次任命的机会，这次，他觉得应该任命一个民主党人，特别是天主教徒，以示超越党派政治。结果，一向被认为是温和派的布伦

---

① 与一些大城市实行市长负责制不同，美国一些中小城市实行市政委员会的集体管理制，各位市政委员（commissioner）负责各自的领域。

② 彼得·沃夫编、徐昕等译：《美国政治内幕》，北京：社会科学文献出版社，1992，第387页。

③ 为此，后来艾森豪威尔后悔不迭，声称这是"我所犯下的第二个严重错误"（第一个自然是任命沃伦）。同上，第385页。

南正好符合条件。他在最高法院一干就是34年，成为沃伦最信任的左膀右臂，最高法院倡导民权的一面旗帜，以致有学者认为他是"沃伦法院司法实践的一位总设计师"。[①] 一个莫大的讽刺是，艾森豪威尔这位最主张"无为而治"的保守派总统，先后任命的沃伦和布伦南两位大法官却成为最积极的司法能动主义者！

在3月9日宣读的判决书中，布伦南首先指出了问题的重要性：如果阿拉巴马的作法"适用于公职人员起诉那些评判其执行公务行为的批评者的话，那么，由第1和第14条修正案保护的言论自由和新闻自由是否会因此受到损害"？回答是肯定的。因为在大法官们看来，美国宪政史上没有任何判决"赞成以诽谤罪压制对公职人员执行公务行为的批评"。[②] 他们裁定，让新闻媒体保证每一条新闻报道都真实无错，是一件不可能的事。

"美国上下普遍认同的一项原则是，对于公众事务的辩论，应当是毫无拘束、富有活力和广泛公开的。它可以是针对政府和公职官员的一些言词激烈、语调尖刻，有时甚至令人极不愉快的尖锐抨击"。判决还进一步引用以前的有关判例，指出"本案涉及的政治广告，就是对当今一个重大的公共问题表示不满和抗议，它显然有权得到宪法保护"。即使它的各别细节失实，有损当事官员名誉，也不能成为压制新闻和言论自由的理由，仍然应该得到宪法第1条修正案的保护，只有这样，"言论自由才有存在所需的'呼吸的空间'（Breathing Space）"。[③]

---

① 原文是"a principal architect of the Warren Court's jurisprudence"，引自Schwartz, Bernard, *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993, p. 270. 在他们共事的13年中，沃伦和布伦南每星期四下午都定期会面，配合非常默契。因为沃伦是加利福尼亚州州长出身的政客，他需要布伦南的帮助，来弥补自己所缺少的法律专长。

② *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 268 (1964).

③ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 270－272 (1964).

虽然最高法院的 9 位大法官高高在上，但在 50 - 60 年代，他们对平头百姓的宪法权利却极为敏感，能够设身处地地了解他们批评政府官员时的难处。很显然，民众无权又无势，在揭发批评政府官员滥用权力时怎么可能百分之百的准确呢？"如果以法规强迫官方行为的批评者保证其所述全部情况属实，否则动辄即判有诽谤罪、处以不限量的赔偿，则可能导致'新闻自我检查'(self - censorship)。如果要求由被告负责举证，证明其所述情况属实，被禁锢的则将不仅仅是不实之词……，更令官方行为的潜在批评者噤若寒蝉。即便他们相信自己的批判无不实之词，也会因为他们无法确定自己在法庭上能否证明所述情况属实，或是担心付不起讼诉费用，而在发表言论时多半会'远离非法禁区'。这种法规阻碍公共辩论的力度，限制公共辩论的广度"。①

值得注意的是，最高法院不仅否决了地方法院的判决，而且针对公职官员提出的诽谤案，第一次申明了一条非常重要的原则，即当政府公职官员（public officials）因处理公众事务遭受批评和指责，使个人的名誉可能受到损害时，不能动辄以诽谤罪起诉和要求金钱赔偿，除非公职官员能拿出证据，证明这种指责是出于"真正的恶意"(actual malice)。什么是"真正的恶意"呢？最高法院解释说，那就是"明知其言虚假，或满不在乎它是否虚假"。② 最高法院的态度很明确，如果公职官员一挨骂就以诽谤罪起诉并要求巨额赔偿，那做官招骂、上告索赔岂不成了政府头头脑脑们先富起来的捷径？如果新闻媒体对政府的批评稍有失实，立马就招来巨额索赔，那还谈得上什么言论自由和新闻独立，干脆每天给政府歌功颂德算了。

根据最高法院对《纽约时报》诉萨利文案的判例，政府官员

---

① *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 279 (1964).

② *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U. S. 254, 280 (1964).

不但要在法庭上证明新闻媒体的报道失实，而且还要同时证明新闻媒体怀有真正的恶意，以及它的确对自己造成了具体的伤害，才能谈得上是诽谤罪。这实际上使政府官员几乎无法打赢这种诽谤官司。比如说，萨利文呈庭的事实和证据，并不能证明《纽约时报》刊登那份广告是“明知其言虚假，或满不在乎它是否虚假”。那幅广告由包括罗斯福总统夫人在内的64位名人联名签署，如果他们预先知道某些内容不实，显然是不会轻易签名的。因此，他们的行为不属于故意诽谤。从《纽约时报》这方面来说，既然宪法保护新闻自由，那么《纽约时报》当然有权利决定刊登什么样的文章和广告。基于对64位社会贤达的信任，《纽约时报》对这个政治宣传广告的细节未作精确的核对，但这并不能证明时报公司对萨利文有“真正的恶意”，故意刊登内容虚假的广告来诽谤和诬陷公职官员。

虽然最高法院9位大法官一致同意判《纽约时报》胜诉，但理由却不尽相同。布莱克（Hugo L. Black，1937－1971年任职）大法官特别提出了他的补充意见，因为他是宪法第1条修正案最坚定的支持者，主张尽可能宽泛地解释第1条修正案所保证的各项公众自由，倡导并实践了“第一修正案绝对论”。[①] 他的意见得到了道格拉斯（William O. Douglas，1939－1975年任职）和戈德堡（Arthur J. Goldberg，1962－1965年任职）两位大法官的赞同。在补充意见中，布莱克再次表达了他对言论自由的坚定信念。他指出即使按最高法院的定义，“恶意是一个难以确定、抽

---

① First Amendment Absolutism。针对一些大法官和学者所强调的，必须在第一修正案所保证的公众自由和社会权利之间保持一定平衡的看法，这一理论认为，第一修正案的文本并不允许在个人和社会权利之间保持平衡，它所列举的各项权利是绝对的，不允许任何可能损害这些权利行使的政府行为。

象的概念，证明其有难，证明其无也难”。他认为有必要对新闻界进行绝对的保护，诽谤罪成立的前提是言论者有‘恶意’，但这一要求对言论自由所提供的保护太弱。“因此，我投票推翻原判的惟一理由是几位被告有绝对和无条件的宪法权利在《纽约时报》的广告中批评蒙哥马利市各级政府机构及其官员”。[①]“我认为，一项随心所欲言说公共事务的无条件权利，是第一项修正案的最低保证。”[②]言下之意，即便批评者有“恶意”，其言论自由也应当得到保护。

但即使有这种不同意见，布莱克仍高度赞扬布伦南的工作，他在庭辩期间给布伦南写了一个如下的便条：“你当然知道，尽管我的立场和我写的意见［与你不同］，但是，我认为你在时报案上的工作实在出色。这一刻终于来到了，它注定是通向保护思想交流权利的一大步”。[③]就在判决公布后几个小时，《纽约时报》发表声明，称“法庭的意见使得新闻自由比以前任何时候都更有保证”。[④]

针对当时全美各州日益增多的政府官员控告报纸和电视台犯有诽谤罪的案子，最高法院所申明“真正的恶意”原则，不仅从宪法的高度，为新闻媒体批评政府和公职官员的权利和自由提供了进一步的法律保障，而且对美国南方黑人民权运动的发展起到了很大的促作用。从宪政史的角度看，《纽约时报》诉萨利文案是美国最高法院的一个里程碑式的判决。早在1923年，《芝加哥

---

① *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 293 (1946) (concurring).

② *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 297 (1946) (concurring).

③ Hunter Clark, p.231.

④ Hunter Clark, p.232.

论坛报》，这家美国中西部最有影响的报纸，曾因报道芝加哥市政府破产的一篇新闻内容失实，而被当地政府告上法庭。伊利诺伊州法院坚持新闻和言论自由原则，判决《芝加哥论坛报》无罪。判决书中说："宁可让一个人或报纸在报道偶而失实时不受惩罚，也不能使全体公民因担心受惩罚而不敢批评一个无能和腐败的政府"。①

但是，这个判例的影响范围仅局限于伊利诺伊州。而当时美国大多数州的诽谤法不仅保护私人名誉，同时也保护公共官员的个人名誉。通常，如果起诉一方能证明新闻报道失实，诽谤罪即可成立。现在，最高法院的这一判决，以美国宪法第1条修正案对新闻和言论自由的保障为由，几乎使这些诽谤法中对执行公务而招致批评官员的保护难以执行。同样重要的是，这一判决使第1条修正案的涵盖范围发生了革命性的变革，将原属于侵权法范畴的诽谤责任也纳入到它的保护范围。这不能不归功于《纽约时报》律师维克斯勒教授的远见卓识。在上诉过程中，他放弃了处理这类案件的传统作法，跳出侵权法的范畴，不再纠缠于诽谤是"受保护的"还是"不受保护"的言论，转而牢牢抓住宪法第1条修正案保护言论自由这一点，强调诽谤罪成立的巨大危险，即它可能会妨碍美国人最为珍视的言论自由的表达权。由于突出了限制言论自由的可怕后果，他促使最高法院对言论自由保护条款采取了更敏感、更少程式化的理解和解释，这一全新的解释方式成为宪法第1条修正案司法管辖的里程碑。因为最高法院不仅仅是重申了第一修正案的重要性，更重要的是，它实际上是把传统上由各州用普通法管辖的诽谤罪也纳入到了宪法的保护范围，"真正的恶意"几乎成为以后衡量所有类似诽谤案的一个标准。

---

① 转引自李道揆：《美国政府和美国政治》，上册，商务印书馆，1999，第135页。

《纽约时报》案确立的这一原则起初只适用于担任公职的政府官员，但最高法院以后又通过其他几个判决（不过，最高法院此时不再全体一致，分歧很大），将“真正的恶意”原则的适用范围从执行公务的政府官员，扩大到为公众所知的人物，即公众人物（public figure）。[1]

在 1967 年的一个案子[2]中，最高法院驳斥了纽约时报案只适用于“煽动性诽谤”（seditious libel）的说法，再次强调纽约时报案所确立的原则，是基于全国上下普遍认同的一项看法，即对公众事务的辩论应该是“毫无拘束、富有活力和广泛公开的”（uninhibited, robust, and wide open debate）。因此，它的结论是，凡就公众事务而涉及公众人物的诽谤性言辞，同样适用于“真实恶意”规则，这大大扩展了新闻自由的保护范围。在 1971 年另外一个诽谤案子中，最高法院虽然认可了下级法院的裁定，但却没有一个多数意见，形成了“各说各的”多元意见。布伦南大法官提出，只要诽谤陈述涉及到“公众或普遍注意的问题”（mater of public or general interest），任何个人都可以受到时报案原则的保护。[3]如此一来，不仅娱乐界的大腕，体育界的明星，而且工商界的大亨，学术界的精英，甚至是某一社区的头头脑脑，都可以囊括在内。这些人在抛头露面、出尽风头的同时，却不能不牺牲自己的一些权利，被新闻界曝光若干见不得人的隐私。看来，作名人的确也有作名人的难处。

---

① 公众人物这个概念非常模糊，没有明确、具体的定义，基本上是根据不同的案子的具体情况，由法官酌情掌握。

② *Curtis Publishing C. v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967).

③ *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.*, 403 U. S. 29, 44 (1971) (opinion of Brennan).

## （三）最高法院新解释出台　普通人物骂不得

纽约时报案原则及其随后的推广，完全解除了新闻界被控诽谤之忧，一些缺少自律的新闻媒体开始滥用这一宪法赋予的特权，出于狭隘的利益考虑，对它们讨厌的各种人物，不遗余力地谩骂攻击，严重损害被戴上"公众人物"帽子的普通人物。而一些下级法院对公众人物的宽泛解释，让一些实际上的平头百姓受到诽谤后，告状无门，真可谓叫天天不应，喊地地不灵。于是，最高法院开始不得不注意这一问题，重新考虑"真正的恶意"原则的适用范围和具体标准。在1974年格茨诉韦尔奇公司案[①]中，最高法院终于有机会，对自己的立场进行微调。

这起案子发生在1969年。当时，一名芝加哥警察滥杀无辜，被法院判处谋杀罪。同时，受害人家属所请的律师格茨（Elmer Gertz）还向该警察提出损害赔偿的民事诉讼。由韦尔奇公司出版的、美国极右组织伯奇协会[②]的月刊《美国舆论》（American Opinion）杂志，对此恨之入骨，在没有任何证据的情况下，发表文章攻击格茨，指责他是一名"列宁主义分子"，一个"共产党的头面人物"，在刑事审判中有意陷害被控的警察，其目的是为了摧毁当地的司法机关。这篇文章，严重损害了格茨的名誉，致使其律师业务大受影响。为此，格茨提起诽谤（defamation）诉

---

① *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U. S. 323 (1974).

② John Birch Society：美国一家极右的反共政治组织，为纪念伯奇而成立。伯奇是第二次世界大战中美国战略情报局（OSS，中央情报局前身之一）特工，1945年秋，在日本投降后不久，闯入中共苏北解放区，因与当地部队发生口角而被误杀。美国国内反共反华势力借机大作文章，成立了这个极右组织。该组织在60年代因不满沃伦法院的一系列开明判决，曾经在全国范围内发起过一场"弹劾沃伦"的运动。

讼。要求韦尔奇公司赔偿50万美元。但联邦地方和上诉两级法院都以格茨无法证明被告“真正的恶意”为由，根据纽约时报案的先例，判其败诉。

几经周折，1974年案子终于上诉到最高法院。9位大法官以5比4的投票结果，推翻了上诉法院的裁决，判格茨胜诉。这一判决对纽约时报案原则作了的重大限制，裁定它不适用非官员和非公众人物寻求赔偿的诽谤案，即使被指控为诽谤的陈述涉及到“公共关注”事情。

由鲍威尔大法官（Lewis Powell, Jr，1971－1987年任职）宣读的最高法院多数意见认为，格茨案涉及的问题的确是“公众关注”（public concern）问题，但是，这不足以构成被告就理所当然地获得宪法的保护。纽约时报案原则及后来的延伸是正确的，但“在仅涉及出版和广播媒体利益时，它们并不能成为免除责任的理由。而且，我们相信纽约时报案原则表明，即使在公众人物提出的诽谤案中，也存在一个［第1修正案］保护与各州有限权益之间的协调（accommodation）问题。”[①] 虽然最高法院死不认错，但它实际上是修正了布伦南在1971年案子中的极端立场。实际上，这里的理由很容易理解，试想一旦诽谤罪成立，新闻媒体就将付出赔偿，这样情况下，媒体最佳的选择便是“假公济私”，从保护自己私利出发，打着为公的旗号，要求宪法的保护，免除普通法中的诽谤罪之责。

法庭还认定格茨算不上是公众人物，虽然他是一位出色的律师，在民权领域和法学界颇有声望，但并没有到达众所周知的地步，“我们不能轻易就认定，一位公民参加社区和专业领域的事务就可以随便说他公众人物”。[②] 法院进一步解释说，和公众人物

---

① *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U. S. 323, 343 (1974).

② *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U. S. 323, 351－352 (1974).

不同，私人不愿主动在媒体上曝光，也没有什么渠道接触媒体，因此很难有效地反驳诽谤，更容易受到诽谤言论的伤害，因此，他们比官员和公众人物更有权利需要补偿。只要出示出版商和广播公司偶然散布的诽谤材料，而不一定要满足"真正的恶意"的标准，他们就可以根据各州的普通法，要求法院来为自己恢复名誉，并对其实际遭受的伤害给予补偿。法院表示，这类案件基本是各州普通法的管辖问题，"在执行对私人名誉伤害的赔偿方面"，各州拥有"令人信服和合法的权益"。[①]

但是，为了保证各州的这一权益和纽约时报案原则的平衡，最高法院也裁定，对伤害人的赔偿"不能超过实际的伤害"。如果私人原告还要求法院对诽谤者处以罚款（punitive damages），则必须提出"真正的恶意"的证据。[②]不过，格茨案有个明显的弱点，就是它没有说明，为什么让宪法来代替普通法中的诽谤原则，适用到所有涉及私人原告的案子。1985年，最高法院又开始缩小格茨案的适用范围，它在一个相关的案件中裁定，适合格茨案所确定的标准的案子有两个条件，即尽管当事人是私人，但所涉及却是"公众关注"（public concern）的事情。[③]

---

① Gertz v. Robert Welch, Inc., 418 U. S. 323, 348-349 (1974).

② *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U. S. 323, 349 (1974) 在普通法的民事侵权案子中，胜诉的一方除获得相应的赔偿（compensatory damages）外，为了解恨或公众目的，还可以要求法院对对方处以罚款，以惩罚对方的错误言行。因为罚款可能比赔偿要大得多，因此，可能会对潜在的侵权者构成一定的威慑，它可以看作是"警示性罚款"（exemplary damages）。这就是为什么最高法院对罚款的要求规定了比赔偿更严格的标准。参见 Leonard W. Levy & Karst L. Kenneth L., ed., *Encyclopedia of the American Constitution*, Second Edition, New York: Macmillan Reference USA, 2000, vol. 4, pp. 2081-2082.

③ Dun & Bradstreet v. Greenmoss Builders, 472 U. S. 749 (1985).

## （四）名誉官司依然存在　新闻界特权牢不可破

美国最高法院对《纽约时报》案的判决是否有失均衡和明智，美国学术界的相关评论褒贬不一、见仁见智。但对美国新闻界而言，《纽约时报》案是一项具有划时代意义的重要判决，它实际上是为新闻媒体批评政府官员的各类新闻报道大开绿灯，为新闻媒体"敢把总统拉下马"式的新闻调查和报道自由提供了前所未有的法律保障。越战期间，哥伦比亚广播公司（CBS）电视新闻主播沃尔特·克朗凯特（Walter Cronkite）对约翰逊总统越战政策的无情抨击和谴责，是美国国内反战运动日益高涨和约翰逊总统被迫放弃竞选连任机会的一个重要原因。约翰逊总统悲哀地承认，即使参加竞选，他也不会有任何机会取胜，因为"如果我已经失去了克朗凯特，意味着我已经失去了普通美国民众的支持"。[1]1972 年至 1974 年，《华盛顿邮报》记者卡尔·伯恩斯坦（Carl Bernstein）和鲍勃·伍德沃德（Bob Woodward）对水门丑闻的调查和揭露，在美国国内引起轩然大波，最终导致尼克松总统的辞职。

越战失败和水门丑闻构成了当代美国社会的两大创伤。痛定思痛，一些政界要人纷纷把谴责的矛头指向新闻界，对越战和水门事件时期的"新闻失控"痛心疾首。尼克松曾经声称，我们最糟糕的敌人看来是新闻界。前侵越美军司令威斯特摩兰将军（William C. Westmoreland）则引用拿破仑的名言说："三份不友善

① 原文是"If I've lost Cronkite, I've lost middle America"，引自 Walter Cronkite, *A Reporter's Life*, New York: Alfred A. Knopf, 1996, p.258.

的报纸比一千把刺刀更为可怕”。[①] 多年之后，为了教训一下过分“自由化”的新闻界，已退休的威斯特摩兰将军为了一桩诽谤官司，不惜与哥伦比亚广播公司对簿公堂。

这桩诽谤官司的起因，是哥伦比亚广播公司在1982年1月播出的一部电视文献纪录片。这部题为《无数的敌人》的文献片透露，当年威斯特摩兰将军别有用心地向总统和五角大楼提供了虚假情报，夸大了北越军队的作战实力，致使美国在越战泥潭中愈陷愈深。威斯特摩兰将军大怒，以故意诽谤军方高级将领和美军部队名誉为由，将CBS告上法庭，索赔高达1亿2千万美元。虽然四年后威斯特摩兰将军自行撤回了起诉，但哥伦比亚广播公司已破费了总数高达200万美元律师费。[②] 此案给美国新闻媒体的深刻教训是，新闻报道一旦涉及政府官员的名誉，还是悠着点儿为好，诽谤诉讼案不论胜败如何，其结果只能是劳民伤财、两败俱伤。

有美国军方在背后暗中撑腰，加上一个保守派基金会的财政支持，闲赋在家的威斯特摩兰将军既有财力又搭得起时间，可以跟“无冕之王”过上几招。可是，一般人物要跟新闻界较量实在是件不容易的事情。本文作者之一任东来的一位美国朋友M，原

① William C. Westmoreland, *A Soldier Reports*, New York: Doubleday & Company, Inc., 1976. p.419.

② 耶鲁大学法学院毕业的著名记者埃德勒（Renata Adler），以《不计后果的疏忽大意》（*Reckless Disregard: Westmoreland V. CBS: Sharon V. Time*, NY Alfred A. Knopf 1986）为题，详细讨论了沙龙诉纽约时报和威斯特摩兰诉哥伦比亚广播公司两案所涉及的新闻自由与法律限制的复杂问题，批评了新闻界滥用宪法第1修正案赋予的自由。美国自由派宪法学者德沃金对埃德勒的书及相关的法律问题有深人的分析，补充和反驳了埃德勒的看法。参见德沃金著、刘丽君译：《自由的法：对美国宪法的道德解读》，上海人民出版社，2001年，第236-375页。

来是美国国防大学研究中国军事问题的头号专家，因业务关系，与中国驻美大使馆武官处有些往来。《华盛顿时报》[1]的一位专栏专家，对中国抱有偏见，便抓住这一点，公开指责他是中国间谍。2001年夏天，任东来在夏威夷曾亲自问他："你为什么不上法院控告他诽谤罪，难道你是公众人物？"此公回答到，他算不上公众人物，他曾经和律师非常认真地讨论过打官司的问题。律师称，如果要打这场官司的话，可能需要4－6年的时间，要花费60—100万美元，而胜诉的可能性只有50%。在这样的巨额成本面前，一般的人只能是吃哑巴亏。

同年，在与《洛杉矶时报》外交专栏作家普拉特（Thomas Plate）交流时，任东来再次提到这一问题。普拉特认为，M的无所作为是明智之举。因为打赢这类官司需要三个条件，一要证明是不实之词，二要证明怀有恶意，三要证明受到实际伤害。而M现转到夏威夷另一个国防部的研究机构，而且晋升了，这就证明没有受到伤害。而且，新闻界很容易把M搞成一个公众人物，它只要设法采访M，然后发表采访记，M立马会成为公众人物，这样官司必输无疑。

这就是美国新闻界，成事有余，败事也有余。美国新闻界最得意的一点是它受到宪法第1修正案的保护，但这也为人所嫉恨和诟病。因为在美国，作为一个行业，受到宪法保护的只有新闻界这一家，别无分店。它虽然享有这一特权，但并没有特别的责任，也无更高的道德追求，仍然和其他行业一样，以追逐盈利为目的。那么，又有谁来监督新闻界的所作所为呢？为了扩大报刊的发行量和广播电视的收听收视率，新闻界可以钻天打地洞，甚至可以把尼克松拉下马，把克林顿弄得斯文扫地。但是，为了防

---

① *Washington Times*，美国首都华盛顿两份主要报纸之一，但影响远远不及《华盛顿邮报》，是一家以报道五角大楼新闻为特色的地方性小报。

止读者和听、观众的减少，它却极少承认诽谤、赔偿受到它伤害的小民；为了防止投资者的不悦，它似乎也不那么积极调查和揭露华尔街的黑幕。而在自我监督方面更是差强人意。可以想象，有哪一家电台或报社愿意家丑外扬，影响收视率和发行量呢？有利益冲突就必须回避，这是现代法治社会的起码治理准则。可是，这条在美国新闻界有时却行不通。

不过，美国新闻界存在的多元和多层次的竞争一定程度上减轻了这一问题的严重性，就媒体形式而言，有报刊、广播、电视和网络，就区域而言，有全国性、地区性、州内和城镇的媒体。受媒体伤害者有时可以利用这一点，作到“东方不亮，西方亮”。各家媒体，特别是一般所称的严肃媒体，比较注意自律，为了维护和巩固自己来之不易的信誉，一般比较注意小心行事，不敢胡来。为了避免旷日持久、耗费巨资的诽谤诉讼，《纽约时报》、《华盛顿邮报》等全美著名大报先后成立了律师事务部。律师事务部的责任是与编辑和记者合作，确保那些批评政府和官员的重头文章能在法律上站住脚。对那些可能使当事人的名誉遭受损害的新闻报道。必须反复核定事实的细节，由律师确认没有法律方面的麻烦后，才能发稿。其他一些规模较小的新闻报刊，大多采取了向保险公司投保“诽谤保险”的办法。至于那些既雇不起法律顾问，又买不起诽谤保险的小刊小报，一旦打输了大的诽谤官司，那只能是倾家荡产、关门收摊，自哀自怜了。

（任东来 陈伟）

# 20. 不厌其烦的告诫与刑事被告的权利

## ——米兰达诉亚利桑那州案（1966）[①]

1966年，美国联邦最高法院对米兰达诉亚利桑那州（Miranda v. Arizona, 1966）一案的判决，是20世纪美国宪政史上最重要、最具争议性的司法判决之一。随着好莱坞电影在世界各国的流行，因米兰达案而名噪一时的“米兰达告诫”（Miranda Warnings）不但在美国社会家喻户晓，而且已成为风行全球的美国通俗文化的一部分。

## （一）不厌其烦的的美国警官

看过美国电视连续剧《神探亨特》的观众可能会纳闷，这位亨特警官真是不嫌累得慌，每次历尽千难万险擒获犯罪嫌犯后，不但不向嫌犯交代一番“坦白从宽，抗拒从严”之类的攻心政策，反而不厌其烦地告诉嫌犯：“你有权保持沉默；否则你所说的一切，都能够而且将会在法庭上作为指控你的不利证据；审问之前，你有权与律师谈话，得到律师的帮助和建议；你有权请律师在你受审问时在场；如果你希望聘请律师但却雇不起，法庭将

---

① *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), http://laws.findlaw.com/us/384/436.html.

为你指定一位律师"。[1]

对于很多观众来说，亨特警官这段台词实在令人费解，落入法网的犯罪嫌犯竟然还有权一声不吭，拒绝回答警察的审问，这嫌犯岂不是白抓了吗？然而，在真实生活中，如果亨特警官嫌累得慌，没对被抓获的嫌犯啰嗦这段台词，那么这嫌犯很可能真就是白抓了。

电视剧中亨特警官的这段台词并非编剧或导演的凭空编造，而是与美国宪法第5和第6条修正案所规定的刑事程序有直接关系。宪法第5条修正案规定：无论何人，不得在任何刑事案件中被迫自证其罪。根据这一条款，甭管是在警察局、法庭还是在国会听证会上，任何人都有权保持沉默，拒绝提供可能被用来控告自己的证据。宪法第6条修正案则规定，犯罪嫌疑人在法庭受审时，有权请律师帮助为其辩护。

可能有人会问，有没有搞错啊？既然有权保持沉默，那为啥莱温斯基小姐和克林顿总统都招了呢？是这么回事，根据美国法律，政府或国会为了换取一个被告全盘供出其本人或其他案犯罪行的真相，有时会与被告做一些有限的交易，控方可以保证不用被告的供词对其本人进行起诉。在克林顿"拉链门"一案中，为了得到案情真相，用莱温斯基的口供去起诉克林顿，特别检察官就给了莱温斯基这种豁免权。面对莱温斯基的供词和裙子上的污点，克林顿采用了钻法律牛角尖和玩弄法律名词游戏的损招儿，

---

[1] "米兰达告诫"英文原文是："Youhave the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you in a court of law. You have the right to talk to a lawyer and have him present while you are being questioned. If you cannot afford to hire a lawyer, one will be appointed to represent you before questioning, if you wish one." 引自 Susan D. Gold, *Miranda v. Arizona* (*1966*): *Suspects' Rights* , New York: Twenty - first Century Books, 1995, p.10.

主动招出他与莱温斯基之间有“不适当关系”，但没有发生严格法律定义上的“性关系”，以此逃避向联邦大陪审团作伪证的严重法律后果。

但是，如果犯罪嫌疑人的供词属于在不知道自己宪法权利的情况下，被迫自证其罪，那么这种供词在法庭上是不能作为犯罪证据引用的。这一规定源于1966年美国最高法院对米兰达诉亚利桑那州一案作出的裁决。

## (二) 米兰达案与“米兰达告诫”

1963年，一个23岁的无业青年，名叫恩纳斯托·米兰达(Ernesto Miranda)，因涉嫌强奸和绑架妇女在亚利桑那州被捕，警官随即对他进行了审讯。在审讯前，警官没有告诉米兰达有权保持沉默，有权不自证其罪。米兰达文化不高，这辈子也从没听说过世界上还有美国宪法第5条修正案这么个玩艺儿。经过两小时的审讯，米兰达全招了，并且在供词上签了字。

亚利桑那州地方法院开庭审理米兰达案时，检察官向法庭和陪审团出示米兰达签字的供词，作为指控他犯罪的重要证据之一。米兰达既无职业又无收入，属于一贫如洗的贫困阶层，根本雇不起辩护律师。但是，根据最高法院1963年著名的吉迪恩诉温赖特案（Gideon v. Wainwright, 1963）的判例，州法院有义务为被控刑事重罪的贫穷被告免费提供律师。于是，主审法官指定了一位名叫莫尔（Alvin Moore）的公共辩护律师为米兰达辩护。这位莫尔律师当时已73岁高龄，而且缺乏刑事案辩护的经验。在出庭辩护时，他声称，根据宪法第6条修正案的条款以及最高法院关于穷人律师权的判例，嫌犯被捕后，警方就应立即为其提供律师，但涉案警官却违反规定，在没有律师在场的情况下审讯米兰达。因此，米兰达的供词属于被迫自证其罪，违反了宪法第5

条修正案，这种供词是无效的。

严格地说，莫尔律师的辩护词是缺乏法律根据的。因为最高法院只是泛泛地规定，各州法院应为被控重罪的贫穷被告提供律师，并没有规定具体的实施细节。究竟是在嫌犯被捕后就应立即为其提供律师？还是当警方审讯时应为其提供律师？或是在法院开庭时才为嫌犯提供律师？对于这些操作性细节，最高法院在判例中并无详细规定。于是，检方反过来抓住莫尔律师胡乱解释最高法院判例的漏洞，论证警方并未违规，米兰达的供词属于合法证据。庭辩结束后，陪审团判决米兰达有罪，法官判处米兰达20年至30年有期徒刑。米兰达和莫尔律师不服判决，在两位著名刑事律师帮助下，终于将此案逐级上诉到联邦最高法院。

1966年，联邦最高法院以5比4一票之差裁决地方法院的审判无效。最高法院的理由是，宪法第5条修正案规定的公民权利（不自证其罪）不仅适用于正式法庭审判，而且同样适用于法庭以外的任何程序和场合。由于涉案警官在审讯米兰达之前，没有预先告诉他应享有的宪法权力，所以米兰达的供词属于“非自愿供词”，这种供词在法院审判时一概无效。最高法院强调，警方强制性的关押和审讯环境，对犯罪嫌犯形成了巨大的压力。为了防止出现刑讯逼供或恐吓成招，司法程序应当从一开始就对嫌犯的宪法权利予以有效保障。

实际上，早在20世纪30年代，联邦司法部下属的联邦调查局（FBI）就已开始施行类似“米兰达告诫”的规则。1964年，针对各州和地方警务人员罔顾程序、滥用权力现象远比联邦调查局为甚的严重问题，最高法院在马洛伊诉霍根案（Malloy v. Hogan, 1964）[1]宣布，宪法第5条修正案关于“不自证其罪”的

---

① *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964), http://laws.findlaw.com/us/378/1.html.

条款属于宪法第14修正案中各州应遵循的“正当法律程序”的一部分，嫌犯的“非自愿供词”在州法院审判时一概无效。

但是，究竟什么样的供词属于“非自愿供词”？各州警方应如何在日常执法过程中防止出现“非自愿供词”？对于这些细节，最高法院未予详细说明和具体解释。这样一来，上有政策，下有对策，全美各州警务人员仍然各行其是，玩弄各种花招和借口，继续侵犯公民“不自证其罪”的宪法权利。在此背景下，最高法院多数派决定，借米兰达案判决之机，正式建立一个统一明确、联邦和各州警务人员都必须严格遵守的联邦法规，程序性地保护所有犯罪嫌犯的沉默权。

在美国宪政史上，联邦最高法院的司法裁决一般都是大而化之的原则性规定。可是，在米兰达案中，由首席大法官沃伦(Earl Warren，1953 - 1969任职）亲自执笔撰写的法院判决书却一反常规。像耐心的老爷爷教悔调皮捣蛋、屡教不改的小顽童一样，沃伦法官苦口婆心，不厌其烦，向全美警务和执法官员详细而具体地规定了在审讯犯罪嫌犯时必须严格遵守的操作性程序和细则。沃伦法官规定，实施逮捕和审讯嫌犯时，警方应及时宣读下列提醒和告诫事项：第一，告诉嫌犯有权保持沉默；第二，告诉嫌犯，他们的供词将会用来起诉和审判他们；第三，告诉嫌犯，在受审时有请律师在场的权利；第四，告诉嫌犯，如果雇不起律师，法庭将免费为其指派一位律师。这些源自宪法第5和第6条修正案的规定，后来被统称为“米兰达告诫”。亨特警官在电视连续剧中那段一再重复、令人费解的台词，即是源于最高法院的此项规则。

参与审理米兰达案的福塔斯大法官（Abe Fortas，1965 —

1969任职）后来回忆说："米兰达裁决完全是沃伦的决定"。[①] 在分析和讨论案情时，沃伦法官根据自己长期担任基层检察官的经历，耐心地说服其他几位大法官同意他的观点。他坚持认为，只有施行"米兰达告诫"，才能有效地约束和限制警方权力，防止警察对嫌犯进行刑讯逼供和精神恐吓，有效地保护犯罪嫌疑人的基本宪法权利。在判决书中，沃伦法官特意引用很多警方执法犯法的具体事例，详细地说明和解释施行"米兰达告诫"的重要性和必要性。[②]

然而，即使在最高法院大法官之中，这一越俎代庖、惊世骇俗的联邦法规也引起了很大争议。持反对意见的哈兰大法官（John M. Harlan，1955—1971任职）认为："人人皆知，如果没有嫌犯口供，有些案件很可能永远无法破案，数量众多的专家作证表明，警方提审案犯，获取口供，对于控制犯罪非常重要"。"鉴于犯罪行为的社会代价极大，这种新规则，只配称之为一种危险的实验"。[③] 少数派的怀特大法官（Byron R. White，1962—1993任职）宣读异议时，情绪颇为激烈地表示："最高法院的新规则将把杀人犯、强奸犯和其他罪犯送回大街，送回产生犯罪的环境之中，让罪犯在兴高采烈之时重复罪行"。[④]

在20世纪美国宪政史上，沃伦大法官无疑是一个极具争议性的人物。最高法院大法官人人身怀绝技，个个身手不凡。他们之中，有的是出类拔萃的法学家，有的是名震四方的大律师，有的是誉满全美的联邦巡回法院法官。但是，正如一些人批评的那

---

① 引自 Bernard Schwartz, *Main Currents in American Legal Thought*, Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 1993, p.522.

② *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 445–446 (1966)

③ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 517 (1966)

④ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 542 (1966)

样，有些大法官几十年来或身处高高在上的法律殿堂，或埋头于艰深奇奥的法理象牙塔，常常不食人间烟火。而沃伦法官的经历则极为特殊，他实际上只是一个“执法官员”出身的“外行”。[①]然而，几十年来担任基层检察官、州司法部长和州长的独特经历，使沃伦对各级政府检察部门和警方内部的黑暗、腐败和犯罪的内幕洞若观火、深恶痛绝，对下层百姓的疾苦知之甚详、深感同情。出任首席大法官之后，他主持做出了一系列震撼全美的重大司法判决，严格地限制执法部门的权力，加强对社会弱势群体权利的宪法保护，对20世纪60年代美国的民权运动和“权利革命”产生了极大影响。

在其名著《普通法》一书中，最高法院大法官霍姆斯(Oliver Wendell Holmes, Jr., 1902—1932任职)精辟地指出：“法律的生命从来就不是逻辑，而是经验”。[②]所谓经验，显然包括法律、政治、历史、社会和法官个人的经验。一般而言，司法判决并不是一个运用逻辑和法理辨明大是大非，寻求永恒真理和绝对正义的思辨和推理过程，只能审时度势，权衡利弊，在不同的利益和价值冲突之间寻求一种动态性平衡，很难做到面面俱到，皆大欢喜。实际上，在错综复杂的人类社会中，任何司法裁决都不可能满足单一的利益和价值追求，如自由、平等、安全、效率等，只能是一种多元利益和多元价值观的综合平衡。

---

① 沃伦担任首席大法官之初，当最高法院召开例行院务会议，讨论案件审理的具体问题时，他让资历最深的布莱克大法官主持会议，自己作为“外行”只是坐在一边“旁听”。一个月后，沃伦法官才开始亲自主持院务会议。William O. Douglas: *The Court Years: 1939 – 1975: The Autobiography of William O. Douglas*, New York: Random House, 1980, p. 229.

② Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, New York: Dover Publications, 1991, p. 1.

## （三）大法官是不是有毛病？

沃伦大法官积极推动的民权运动和“权利革命”，几十年来在美国社会中一直毁誉参半。很多人抱怨说，最高法院为犯罪嫌犯提供了过分的保护。美国法律给人们的普遍印象是，罪犯的人权，好像比受害人的人权更重要；保护坏人，好像比保护好人还要优先；针对警方的清规戒律，好像比打击犯罪分子的法律法规还要多；而美国律师则精于颠倒黑白和钻法律漏洞；再加上美国独有的陪审团制度，使美国法院的司法判决常常沦为全世界的笑柄。

20世纪60年代以来，随着美国社会犯罪问题的日益严重，绝大多数美国人希望政府乱世用重典，加大执法力度，从重从快打击暴力犯罪。可是，美国最高法院对民众的呼声却好像视而不见，置若罔闻，不但不顺从民意，反而却反其道而行之，对待犯罪嫌犯，简直就是“爱你没商量”。1961年，最高法院在迈普诉俄亥俄州（Mapp v. Ohio, 1961）案中裁定，警方非法搜查取得的证据在州法院的审判中一概无效。1972年，最高法院在阿杰辛格诉汉姆林（Argersinger v. Hamlin, 1972）案中裁定，法院也应为被控刑事轻罪的贫穷被告免费提供辩护律师。人们禁不住犯寻思，最高法院里的大法官们是不是都有点儿毛病啊？

美国最高法院有几位开明派大法官的确有“毛病”，而且病根儿渊远流长。在美国历史和文化的深处，深藏着对官府的极度不信任，对警察滥用权力的极度恐惧，对司法腐败的高度警觉。熟悉历史的人知道，美国人的祖辈当年在欧洲大陆饱受专制暴政之苦，不得不离家出走，漂洋过海，历尽千辛万苦，好不容易才来到新大陆。当他们踏上北美大地之时，并没有发现遍地黄金，生活甚至可以说是极度艰辛，但他们确实获得了前所未有的机会

和自由，多数人通过奋斗实现了自己的梦想。正因如此，他们再也无法忍受任何骑在小民百姓头上横行霸道的专制政府，为了保护自由和财产不受侵犯，操起家伙儿就跟英王的军队开打。美国的天下，是开国总统乔治·华盛顿用枪杆子打出来的。但是，美国的长治久安，却是第三任总统托马斯·杰弗逊和第四任总统詹姆斯·麦迪逊用脑袋瓜思考出来的。托马斯·杰弗逊当年主持起草了影响深远的《独立宣言》，詹姆斯·麦迪逊则被誉为“美国宪法之父”。

什么是宪法？用句通俗的话来解释，宪法就是管政府和保护公民权利的法。为什么要管政府呢？因为政府里的官儿和警察都有权，而权力使人腐败，绝对权力绝对使人腐败。说白了吧，因为手握大权，所以政府里的各级官员有可能全都是潜在的坏蛋和腐败分子，是潜在的“有组织犯罪集团”。所以，法律要管的，首先应当是政府里的官儿和警察，其次才是社会上的犯罪分子。所谓加强法治，首先应当是从制度上约束和限制政府官员的权力，是从制度上防止统治者和执法者无法无天、胡作非为。如果统治者和执法者循规蹈矩，遵纪守法，司法者秉公判案，一视同仁，那么防止被统治者造反闹事则易如反掌。

人类历史已经证明，官府和警察干坏事，或者“好心干坏事”的本事，绝对要比社会上的犯罪分子大得多。纳粹德国当年没费啥劲儿就屠杀了6百万犹太人；中国大陆从1957年反右扩大化到文革十年动乱，陷入如山的冤、假、错案和政治迫害之中的民众，一不留神就达数千万之多，社会进步和经济发展也遭受了空前可怕的破坏。

想当年，为了从制度上解决问题，1789年生效的美国宪法规定了很多约束政府的基本原则，诸如天赋人权、限权政府、主权在民、三权分立与制衡、法治而非人治、文官控制军队等。但是，从可操作性的角度看，这些原则很多都是虚的。比如，如果

没有言论、出版自由和新闻监督，三权分立与制衡实际上仍然很难防止官官相护、以权谋私等腐败现象；多党竞争、三权分立的政治体制，仍然有可能蜕变为多党勾结、三权合谋的黑暗王朝。天赋人权、限权政府等立宪原则可以在小资沙龙里吹得天花乱坠，唾沫星子乱溅，可是，如果执政党中的贪官污吏与警察、检察官和法官暗中勾结，大搞司法腐败，任意编造罪名，把在野党的头头脑脑和控告官府的小民百姓打入黑牢、刑讯逼供、秘密审判、残酷迫害，你是一点儿辙也没有。一句话，如果没有对公民自由和权利的具体而有效的保障，宪法中的高调和好词儿，全是白扯。

## （四）五权分立与现代民主

美国制宪先贤对当时宪法中的毛病当然心中明镜。1791年，制宪先贤一口气给美国宪法增加了10条修正案，保障公民的言论、出版、集会、请愿和宗教自由，允许小民百姓拥有武器，规定不得强迫任何人自证其罪，不得因同一犯罪两次受审，不依正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产，被告人享有迅速、公开、公正审判和得到律师为其辩护的权利，刑事案件和价值超过一定限额的民事诉讼应由陪审团审理，不得对公民进行无理搜查和扣留，不得对犯人施加残酷的惩罚等。美国宪法的头10条修正案，统称为《权利法案》。

《权利法案》的核心，就是以公民权利来限制政府权力，用保障言论、出版自由以及保障小民百姓免遭司法腐败之害的方法，逐渐确立新闻监督权和公民权，制衡和约束政府的官权，形成立法、执法、司法、新闻监督、公民权利的五权分立与制衡。其特点是，用权力制衡权力，借舆论监督权力，以权利限制权力。这种精心设计的制衡、监督和限制权力的机制，比较有效地

抑制了政府滥用权力的弊病。当然，在相当长的一段时间内，美国宪法只注重保护了白人和有钱人的人权。但不管咋地，这毕竟是“让一部分人先民主和自由起来”，使美国社会逐渐走上了现代民主的道路。

什么是现代民主？现代民主就是限制政府权力以及保障公民的自由和人权。如果没有限权政府和保障人权，民主选举不过是徒有其名。纳粹德国是经全民投票、民主选举成立的政权，但它的政府是专制独裁、权力无限、以强凌弱和任意践踏公民人权的法西斯政府。这种民主是选票箱掩盖下的虚假民主，或者说是一种“有选举的暴政”。

正因为存在这种“有选举的暴政”的可能性，深信洛克限权政府理论的制宪先贤对可能出现的政府“恶政”非常敏感。在制宪者影响下，美国人深信，只有严格约束和限制政府官员所代表的国家权力，尤其是严格限制执法和司法部门肆无忌惮地大搞司法腐败，轻而易举地侵犯小民百姓自由和财产的特权，充分保障新闻自由和普通公民的基本宪法权利，国家才有可能走上长治久安、繁荣富强之路。相形之下，在中国人传统的国家与个人观念中，国家和社会永远都是第一位的，只要国家富强，社会安定，拱手放弃个人的自由和权利似乎是理所当然。

不过，即使在西方国家中，像美国这样不但把普通公民的权利，而且把犯罪嫌疑人在刑事案中的权利也明文载入宪法，而总统、国会和政府官员一天到晚战战兢兢地站在被告席上，饱受新闻媒体和民众的指责和批评，恐怕是仅此一家，别无分店。在今天的美国，政府官员若想找碴儿迫害那些监督和批评政府的新闻媒体和小民百姓，几乎是不可能的事。美国社会的特点是，官权弱，民权强，新闻媒体是超强。政府官员只能遵循法律法规行事，小民百姓却可以做法律没规定的任何事情，新闻媒体是各行各业中惟一受宪法明文特别保护的特殊行业，警察和执法官员的

权力则受到各种法规的严格限制。

## (五) 杜绝刑讯逼供的尚方宝剑

在20世纪60年代，美国最高法院通过一系列司法判例，严格限制执法官员的权力，绝非偶然。长期以来，由于缺乏制衡机制，美国各州和地方警方执法犯法、滥用权力的现象已成为屡禁不改的恶习。为了及时破案，邀功请赏，警方经常对嫌犯威胁恐吓、打骂污辱、刑讯逼供，进行超长时间的疲劳审讯和精神折磨，不择手段地获取嫌犯口供。最高法院每年都接到很多刑讯逼供案和屈打成招案的上诉。对最高法院而言，施行"米兰达告诫"是迫不得已，只有严格限制警方的权力，程序性地保障处于弱势地位的犯罪嫌犯的基本权利，才有可能彻底杜绝警方屡禁不改的严重违法行为。

另外，在民权运动风起云涌的20世纪60年代，最高法院对平等保护公民宪法权利的问题日益重视。沃伦大法官退休后在回忆录中谈到，在当年美国的司法审判程序中，"不自证其罪"只是那些有钱聘请律师的富人的一项特权，绝大多数像米兰达这样的贫困阶层嫌犯，根本就不知道什么是宪法第5修正案。[①] 在米兰达案庭辩过程中，沃伦法官特别强调："此案与吉迪恩案没有太大区别"。[②] 最高法院多数派下决心施行"米兰达告诫"，是为了使沉默权成为现代法治国家中每一位犯罪嫌犯的基本权利和司

① Earl Warren, *The Memoirs of Earl Warren*, New York: Doubleday & Company, Inc., 1977, pp. 316 – 317.

② Bernard Schwartz, *Decision: How the Supreme Court Decides Cases*, New York: Oxford University Press, 1996, p.110. 关于吉迪恩案，请参见本书第18章。

法公正的基本标准。

应当特别指出的是，美国最高法院通过司法判例确立联邦法规，严格限制警察所代表的国家权力，体现出美国宪政体制的独特和精彩之处，即联邦最高法院拥有至高无上的司法审查权。由于司法部门拥有对宪法的最终解释权，其最后结果是，代表民意的国家立法机关不能随意立法，而非民选产生的最高法院却在某种意义上拥有了“最终立法权”。

司法审查制度是美国宪政法治的基石。作为三权分立制度中的司法部门，非选举产生和终身制使最高法院具有较大的独立性和稳定性，不受变化无常的民意和情绪冲动的舆论界影响，更没有义务讨好和取悦选民。当做出司法判决时，大法官可以高瞻远瞩，深谋远虑，关注国家和民族的根本利益和长治久安。一般而言，代表民意的各级立法机构，不太可能冒天下之大不韪，制定和通过像“米兰达告诫”这种惊世骇俗的联邦法规。但是，联邦最高法院却可以我行我素，特立独行，通过解释宪法的方式，以司法判例严格约束和限制警察所代表的国家权力。美国学者伊龙斯（Peter Irons）认为：“宪法前 10 条修正案，被沃伦法院变成了对抗从警察到总统的政府官员的强大武器”。[①]

美国虽然标榜高度民主，号称年轻而富有活力，可是，在决定国家发展方向的重大问题上，在裁决法治社会中难以解决的重大纠纷时，却是由非民选产生、终身任职、经验丰富的“九个老家伙”中的多数派掌舵拍板，一锤定音。但是，大法官做出裁决时，必须把背景和判决的根据记录在案，昭示天下，以示对法律和历史负责。

那么，这种司法审查制度是否违背了民主原则呢？一般的解

---

① Peter Irons, *A People's History of the Supreme Court*, New York: Viking, 1999, p. 416.

释是，按照宪法程序，大法官由民选总统提名，经民选参议院批准确认，所以，这种司法审查制度勉强可以被解释为是一种“间接民主”，并非完全与民意脱节。另外，从原则上讲，代表民意的参众两院和各州议会可以通过宪法修正案来否决联邦最高法院的判决，对司法部门的“最终立法权”形成制衡，防止出现“司法专制”或“司法独裁”。

从某种意义上说，“间接民主”或“代议制”民主，正是美国宪政设计的精髓之一。其独到之处，在于注重监督制衡而非直接民主，注重将民选政府置于宪政法治的制度框架之中，而不是简单地依靠“多数决定”或“全民公决”的民主原则治国。在具体的宪政运作中，既尊重多数人的意见，又注意对多数人的权力予以严格限制，防止出现“广场大民主”或“多数人的暴政”。比如，总统、联邦参议员和大法官的产生程序，都与传统的“一人一票”的民主理念有违。为了分权制衡，同时也是为了满足人口少的小州的需要，制宪先贤当年特意设计了既有民意基础，但同时又与民意保持一定距离的参议院。根据宪法，各州无论面积大小，选民多寡，参议员皆为两名。另外，与每两年改选一次的众议员相比，参议员每六年改选一次，从而使参议院与民意相对脱离，不必总是听选民瞎嚷嚷。1978年以前，美国法律一直禁止新闻媒体转播参议院开会和辩论的实况，[①] 防止选民影响参议员的独立判断，干扰参议院的政治运作。

在美国的宪政体制中，执法和司法过程涉及警察、检察官、律师、法官、证人和陪审团等，其中警察被认为是素质最差、最难监督、最倾向于执法犯法和胡作非为的集团。在任何一个国家，警察与贪官污吏和黑社会总是有着千丝万缕的联系，稍不约

---

① 1978年美国参议院就“巴拿马运河条约”举行辩论时，首次允许全国公共广播公司（National Public Radio）作部分实况转播。

束，警匪就会沦为一家。凡数大规模的海关走私、贩毒洗钱、贪赃枉法和劫财害命，几乎每次都少不了警方或军方的高层背景。警方内部的黑暗和犯罪，通常比社会上普通犯罪分子的罪行严重得多，对社会秩序和司法公正造成的影响和破坏也大得多。因此，用“米兰达告诫”之类的法规防止警方滥用权力，程序性地保障小民百姓的宪法权利，是加强国家法治的重要环节。

此外，美国是个两亿人民两亿枪的国家，警察的日常工作充满了危险。警察一天到晚与罪犯打交道，以暴治暴，以黑对黑，以恶报恶，滥用武力，刑讯逼供以及为侦破大案、邀功请赏而罔顾法律程序等情绪化和非理性行为，想改都难。所以，尽管法规森严，但美国警察违法乱纪、胡作非为、滥用权力等问题仍然非常严重。

可是，司法制度应当是讲求理性和权威的。为了维护法律的权威和公正，防止警方滥用权力，美国司法制度注重从严治警，以正压邪，以直报怨，无罪推定，保障嫌犯权利。美国的刑事审判程序首先从严规范警方和检方的行为，侦查案件，搜集罪证，扣押和审问嫌犯，必须严格遵循正当的法律程序。如果警方和检方在法律程序上出现漏洞，一旦在法庭上被辩方律师钻了空子，那就只能眼瞅着嫌犯在铁证如山的情况下从法庭轻松走脱，让在旁边扎堆儿看热闹的民众感觉倍儿痛苦。

## （六）两害相权取其轻

依美国法律，案犯不但有权保持沉默，而且即使最终被定罪入狱，其饮食、睡眠、通信、娱乐等权利仍然受到保障，好吃好喝地养在监狱里。有人算过三笔账，第一，在 1998 年财政年度，美国的贫穷线是以 4 口之家年收入低于 16600 美元划定的。根据美国人口普查局的统计，占美国总人口 12% 左右的人口生活在

贫穷线以下。第二，如果不算福利补贴和医疗保险，1998年从西点军校毕业的美军少尉军官起薪35000美元。第三，如果算上保安警卫、医疗保险以及健身房之类的福利待遇，美国监狱里的每位犯人每年要让美国的纳税人破费3万美元。

这里自然就有了一个问题，美国法律标榜保障公民的自由和人权，但在司法实践中，却捎带着保护了坏人的自由和人权，损害了好人的自由和人权，或者至少可以说是损害了好人的“生存权”。对于这个问题，三言两语恐怕很难说清。

首先，如果听任官府和警方执法犯法，无视正当的法律程序和制度，那么好人的自由和人权最终将会受到更大损害。律师在法庭上钻法律空子的现象并不可怕，因为它的前提是承认法律，是在司法程序规定的框架中挑战法律，而真正可怕的是有法不依、执法犯法、以权代法和无法无天。法律法规中的漏洞可以通过正当的法律程序予以修补，而有法不依、执法犯法的口子一旦打开，今后想堵都很难堵得住，最终将会冲垮民主法治的大坝。

其次，人人都应得到法律的平等保护。不仅王子犯法应与庶民同罪，而且王子与庶民在法庭上和监狱里也应享有同等待遇。从理论上说，每一个公民都有沦为罪犯的可能性，好人与坏人之间的界线也并不总像楚河汉界一样清楚，好人也会因触犯法律或遭受诬陷而沦为罪犯和坏人。所以，程序性地保护罪犯人权，也就是保护每一个普通公民的基本权利。实际上，如果不保护罪犯和坏人的人权，那么好人的人权也很难得到保护。文革动乱时期，国家元首、政府部长、元帅将军、学界泰斗一夜间都沦为丧失一切权利的黑帮和坏人，都只能像狗屎一样任人践踏。因此，为了使国家元首、政府部长和广大百姓免遭无端迫害，法律应当保护所有人的自由和人权。

再次，用“米兰达告诫”之类的法规对执法者的权力予以限制，的确在某种程度上严重影响了执法部门破案的效率，保护了

一些坏人的权利，使一些真正的罪犯借机逃脱法网。然而，如果从更宽广的视野看，法律程序性地保护被告人的权利，限制执法者的权力，防止政府官员执法犯法、滥用特权，任意迫害和欺压小民百姓，是对守法公民自由和人权的最好保护。霍姆斯大法官有句名言："罪犯逃脱法网与政府的卑鄙非法行为相比，罪孽要小得多"。[①]

最后，世界上不存在完美无缺、尽善尽美的法律制度。就像市场经济不是药到病除、包治百病而又绝无副作用的灵丹妙药一样，民主法治和保障人权也不是人类社会通向人间天堂的康庄大道，它只是防止人类社会跌入专制腐败这种人间地狱的防护大坝而已。民主法治不可能保证事事最佳，它只能防止出现最差最劣。借用丘吉尔的话说，代议制民主政体只是人类社会的那些糟糕政体中不太糟糕的一个而已，人们不过是两害相权取其轻罢了。

## （七）天下没有免费的午餐

常言道，天下没有免费的午餐。实行"米兰达告诫"这种保护嫌犯权利的法规，是有重大社会代价的。

在美国的司法制度下，偏向嫌犯和辩方律师的各种规矩多如牛毛，重罪轻判成了家常便饭，冤假错案虽然很少，但漏网之鱼的确很多。美国的执法机关也特不容易，就说当年施行"米兰达告诫"吧，嫌犯一旦落网，一个个都像榆木疙瘩一样一声不吱，给警方侦破案件造成了极大困难，全美各地警察局怨声载道，但却不敢不照办。有些警官脑瓜儿不太够用，手忙脚乱地擒获嫌犯

---

① Oliver Wendell Holmes, *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 469–470 (1928) (dissenting opinion), http: //laws.findlaw.com/us/277/438.html.

后，死活也想不全“米兰达告诫”的全文了，旁边也没个提词儿的人，只好仰天长叹，痛骂最高法院大法官全是坐着说话不嫌腰疼的主儿。后来，警方干脆把“米兰达告诫”印制成卡片发给每一位警官，在抓获嫌犯后，照本宣读一遍交差。

据美国司法部门统计，“米兰达告诫”出台前，刑事重罪案破案率一般在60%左右，“米兰达告诫”出台后几十年来，破案率已跌落到40%左右。但值得提到的是，因警方刑讯逼供、屈打成招而造成的冤、假、错案的发生率，基本上降到了零。此外，随着好莱坞电影的风行，世界各国观众对美国警察每次抓获嫌犯之后，高声宣读的那一段必不可少的台词已耳熟能详，使“米兰达告诫”实际上成为当代美国通俗文化的一个重要组成部分。

需要指出的是，沉默权制度是有制约的。美国的刑事诉讼法规定，如果嫌犯能够自愿招供，主动认罪（Plead Guilty），避免一场冗长耗时、劳民伤财的法院审判程序，经法官批准，检方可以做出一定让步和交易，案犯有可能受到从轻处理。如果死抗不招，一旦因罪证确凿，被判有罪，将有可能加重惩罚。这实际上是一种变相的“坦白从宽，抗拒从严”政策。还应提到的是，提审和逼供嫌犯，对警方来说其实也是一个极为沉重的工作负担。沉默权制度建立后，美国警方逐渐将工作重点和主要精力转移到刑事勘察和以高科技手段收集罪证之上，不但促进了执法工作的科学化和文明化，比较有效地遏制了刑讯逼供等违法乱纪现象，而且大大减轻了警方的工作负担。事到如今，美国警方已成为施行“米兰达告诫”的实际拥护者。①

但一些忧国忧民的人士认为，“米兰达告诫”实际上是给警

---

① 参见 Jonathon Z. Agronsky, “Meese v. Miranda: The Final Countdown”, *American Bar Association Journal* (November 1, 1987), pp. 88 – 89.

方戴上了手铐，极大地增加了司法成本，保障了犯罪嫌犯的人权，却严重损害了受害人和守法公民的权利。长此以往，美国社会将有可能出现难以遏制的犯罪浪潮。1968 年，美国国会曾召开听证会，广泛听取警方、法律界权威人士和广大民众的呼声，研讨对付“米兰达告诫”的高招儿。依照三权分立、相互制衡的原则，美国国会和各州一起，可以用宪法修正案推翻美国最高法院的裁决。美国联邦参议员山姆·厄尔温（Sam Ervin, Jr.）提议，增加一条新的宪法修正案，彻底推翻最高法院对米兰达诉亚利桑那州一案作出的荒谬裁决。但这个议案因没得到参众两院三分之二多数支持而夭折。依照宪法，即使参众两院通过了，仍需四分之三以上州议会的批准才能生效。

在美国的宪政体制中，纠正最高法院司法判决的另一个途径，是总统利用宪法所赋予的法官任命权，改变最高法院的人事组成，从而影响最高法院的司法观念和司法判决。1969 年沃伦大法官退休后，保守的尼克松总统千挑万选，反复斟酌，最后决定任命联邦哥伦比亚特区上诉法院的保守派法官伯格（Warren E. Burger, 1969—1986 任职）出任首席大法官。此公上任之初，便在最高法院院务会议上表示，沃伦法院做出的一些司法判决应予推翻，其中首当其冲就是 1966 年的米兰达案和 1963 年的吉迪恩案。[①] 可是，由于这两个案例影响重大，牵一发而动全身，所以一直未能被推翻。颇具讽刺意味的是，1974 年，在著名的美国诉尼克松案（United States v. Nixon, 1974）中，伯格大法官主持撰写法院判决书，要求尼克松总统交出录音带，结果“推翻”了尼克松的总统宝座。

三十年河东，三十年河西。谁都没想到，自 20 世纪 90 年代

① William O. Douglas: *The Court Years: 1939 – 1975: The Autobiography of William O. Douglas*, New York: Random House, 1980, p. 231.

以来，随着美国经济的持续增长，从1993年开始，美国的刑事犯罪率连续八年出现大幅度下降。社会治安情况一向极为糟糕的纽约市，1997年度的恶性刑事犯罪率比前一年奇迹般地下降了54%。尽管嫌犯打不得也问不得，还有律师免费伺候，但铤而走险、以身试法的主儿却越来越少。人们普遍将这些归功于经济的持续增长、失业率的降低、社会福利制度的改进、警力的增强、监狱的增多、对惯犯处罚的加重等原因，与保护嫌犯人权的“米兰达告诫”根本没有一丝一毫的关系。

美国宪法第1条修正案保障言论自由。你完全有权说根本没有一丝一毫的关系；你当然有权说或许有那么点儿关系；你绝对有权保持沉默！

（陈伟）

# 21. 选择权与生命权的漫长较量

## ——罗诉韦德案（1973）[①]

如果有人对你说，在美国一个孕妇想堕胎就有可能面临牢狱之灾，你也许会觉得这是天方夜谭。按照常理，堕胎与否完全是自己的事，别人搭的那门子茬？何况美国又号称是世界上最开放、最自由的美国！

可就是在这个既有“不自由毋宁死”传统，又引发过“性解放”运动的美国，这种怪事不仅确实存在，而且还是美国政治和社会生活中一个谁也无法回避的话题。每当提及孕妇堕胎的问题，支持者（号称选择派，pro - choice）和反对者（号称生命派，pro - life）都会拉开架式，从伦理道德、宪政原则、医学原理和宗教教义中各取所需，雄辩一通。

一些反堕胎的极端分子，懒得多费口舌，干脆二话不说，操起来福枪就向堕胎诊所猛扫。吓得某些堕胎医生干脆改行，另一些则转入地下活动，胆子大一些只好穿着防弹衣进行人工流产手术。

总统与政客竞选公职，也得个个表态，人人站队，让选民知道自己在堕胎问题上的立场。甚至最高法院里那些正襟危坐的大法官们，也身不由己地卷入其中。30 年前，他们在“罗诉韦德”(Roe v. Wade) 案中的判决，使堕胎问题完全浮出了水面，几乎

① *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973), http: // laws.findlaw.com/US/410/113.html.

成为美国政治和社会中永恒的话题。

## (一) 法律禁止堕胎 孕妇无权选择

在美国历史的大部分时间里，堕胎并不是一个大问题。特别是中止早期妊娠，相当常见，没有禁止一说。根据英美普通法传统，在孕妇感觉到胎动前（通常是妊娠的第4—5个月），堕胎是允许的。但是，从19世纪开始，美国开始出现用立法制止堕胎现象，其动力不是来自通常以为的宗教界，而是来自医学界！医学界为什么这么做，原因至今不甚清楚。有的认为，是医生想防止不断增长的堕胎游医的竞争，有的说是为了规范行医者。

1969年，美国得克萨斯州21岁的女招待诺尔马·麦科维，不慎怀孕。她薪水微薄，且居无定所，根本不想、也无力生育和抚养孩子。但得克萨斯州有项禁止堕胎的法律，极其不近人情。根据这项115年前（1854年）的法律，“除非是为了保护母亲的生命”，任何人不得堕胎或协助他人堕胎。慑于法律的规定，没有一位医生愿意为麦科维实施堕胎手术。

走投无路之中，她求助律师帮忙。为争取同情，她谎称被恶人强奸怀孕。而这时正值美国民权运动风起云涌之际，一些女权主义组织正在为妇女的堕胎权而苦苦斗争。当时，美国流行“性解放”，男欢女爱尽情享受的同时，也常常结出性爱的果子。但这些年轻人却不想过早承担养儿养女的责任，只好选择流产。但很多州的法律都禁止人流，于是，有钱的就奔海外或相对宽松的州去作人流，没钱的只好找地下诊所的游医堕胎。游医的水平和地下诊所的条件都很成问题，妇女堕胎送命的事件偶有发生。因此，女权主义组织把争取堕胎权作为当时的一项主要任务来抓，一直在寻找一个合适的案子，告到最高法院，使之成为宣布禁止

堕胎法违反妇女宪法权利的典型案件（test case)。[1]

现在麦科维找上门了，自然求之不得。双方一拍即合，女权律师帮助她打官司，争取堕胎，而麦科维则同意，直接针对禁止堕胎法起诉，推翻这条法律。对麦科维本人来说，她只想为自己争取堕胎权，但对借题发挥的律师来说，却想改写历史，让其他美国妇女姐妹免受类似麦科维的苦难。为了安全起见，麦科维化名“简·罗”(Jane Roe）在1970年3月3日，把其所在县（达拉斯县）的检察长亨利·韦德告上了法庭，指控得州的堕胎禁令侵犯了她的“个人隐私”，要求联邦法院宣布该法违宪，并下令禁止韦德继续执行该法。

不过，在6000多字的联邦宪法中，根本就没有提及公民的“隐私权”问题。那么，麦科维和她的律师为什么还要以此为主要的起诉根据呢？原来，1965年有桩类似的计划生育（涉及一项禁止人工避孕的州法）的案子，叫格里斯沃尔德诉康涅狄格州。[2]当时，最高法院首次提出了“隐私权”的概念。

在该案的判决意见书中，最高法院指出，虽然“隐私权”一词并未在联邦宪法中出现，但事实上却存在着一条公众权利相互交织的“阴影地带”，它成为“隐私权存在的领域”。[3]最高法院称，第1、3、4、5条宪法修正案所保护的公众结社权、不受军队肆意骚扰权、不受无理搜查权和不得自证其罪权，都暗含了公众的个人隐私不受政府和他人无端干涉的共同内核；此外，宪法第9条修正案更进一步规定，虽然联邦宪法列举了公众权利，但

---

① 也可称标准案件，通常是个人，但更多的时候是一个利益集团，为了挑战某一法律的合宪性或者他们不喜欢的法律解释而提出的诉讼。

② *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S.479 (1965), http://laws.findlaw.com/US/381/479.html.

③ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484 (1965).

这并不能认为公众就不可以享有其他的宪法权利。因此，“隐私权”应被视作公众不可剥夺的宪法权利，不经“正当法律程序”，州政府不得侵犯。根据这一推理，最高法院裁定，自由节育权是公民“隐私权”不可分割的组成部分，是否节育和怀孕完全是公民个人的私事，只要未损害社会的公共利益，政府根本无权干涉。因此，康涅狄格州禁止避孕（计划生育）的法律违宪无效。

即使有格里斯沃尔德案在先，麦科维能否获得自己的堕胎权也非胜券在握。因为它只涉及了妇女自由节育（是否选择怀孕）的权利，并未触及已经怀孕的妇女能否自由堕胎的问题。许多美国人坚信，胎儿也是人。因此，在他们看来，如果说，自由地决定是否怀孕勉强可以算作是妇女享有的宪法权利的话，那么，怀孕后形成的胎儿同样享有了平等的生命权，而这也是不可剥夺的宪法权利，包括孕妇在内的所有人都不能随意扼杀他（堕胎）。

持“正统道德观念”的人也认为，只有严禁堕胎才能规范正常的两性关系，社会道德才不会沦丧。显然，在这种情况下，最高法院进退维谷。是维护未出生胎儿的“生命权”(pro - life) 还是支持妇女的“选择权”（pro - choice)？而且，“隐私权”与“堕胎权”又是一种什么关系呢？这成为该案必须解决的问题。正因为它牵涉到无数美国人的直接利益、宗教情感和价值观念，因此该案一经提出，便立刻引起了全国上下的关注。

## （二）是否堕胎　究竟该谁说了算

6月17日，得州联邦地区法院的三位法官，依照格里斯沃尔德案中的推论，做出支持麦科维的判决，但拒绝颁布禁止达拉斯县继续执行该法的法院禁令，显然，它是担心引起更大的社会波动。原告和被告对判决都不满意，案子遂上诉到联邦最高法院。这期间，麦科维生下了她并不想要的孩子，只好把他送人。

1971年12月13日，该案庭审，举国瞩目。除了当事人双方外，还有36个赞成堕胎的法人和11个反对堕胎的组织，以“法庭之友”的身份，向最高法院提交了申辩理由。双方主要围绕着两个问题展开舌战。首先是妇女的选择权和婴儿的生命权。韦德的律师弗洛伊德强调，胎儿是有生命的，严禁妇女随意堕胎、保护胎儿的生命权是州和地方政府的职责所在，因此，得州堕胎禁令合乎宪法。代表麦科维出庭的是女律师韦丁顿，她反驳说，宪法保护的是人出生后的权利，而不是尚未出生的胎儿的权利。在宪法条文中，既没有有关胎儿权利的规定，也无法推理出这一权利。作为例证，她指出，除得州外，其他州从未认可胎儿应当享有公民权利。禁止堕胎的作法实际上侵犯孕妇在生育问题上的自由选择权。

对此，弗洛伊德提出，得州并不否认妇女生育权，但这一权利的行使应当在怀孕之前。一旦怀孕，生育选择权即告消失，因为已有作为生命的胎儿。妇女的选择权理应让位于胎儿的生命权。

第二个问题是个人的隐私权。韦丁顿指出，堕胎问题和节育问题一样，实际上涉及的是公民的隐私权。无论从哪个角度看，堕胎都属于个人隐私，因此，自由堕胎理应属于受宪法保护的公民权利。

此外，韦丁顿还把堕胎上升到平等法律保护的高度，指出，得州的孕妇如想堕胎，往往可以到那些允许堕胎的州或海外，但花费不薄。这就意味着，富婆可以自由选择堕胎，但贫女却没有选择。因此，得州的法律没有保证穷人得到与富人相同的权利，违反了第14条宪法修正案的“平等法律保护”条款。[1]

---

[1] “Transcript of Roe v. Wade’s Argument”, http: //oyez.nwu.edu/support/cases/334/argument.html.

在无法直接驳倒韦丁顿的情况下，弗洛伊德以退为进，承认应当保护隐私权，但强调隐私权不是绝对的。美国政府对主张一夫多妻制的摩门教徒的管制就是最好的证明。韦丁顿则认为，政府的确可以干预和管制个人的隐私，但必须保证不会严重伤害个人的身心健康。而生育问题显然会对妇女身心产生前所未有的影响。如果一个妇女因政府禁止堕胎而生下了有残疾的孩子，或者她是因强奸或乱伦而怀孕的生育，其痛苦感受难以名状。对任何妇女来说，生育都是一件大事，事关她们一生的幸福美满，因此，对堕胎的选择理应是孕妇的一项"根本性"的宪法权利，禁止妇女堕胎会对妇女本人造成即时的、难以挽回的伤害，因此，法院不仅应当充分肯定和保护原告的堕胎权，而且还必须颁布法庭禁令，禁止县和州两级政府继续实行该项法律。[①]

控辩双方的观点，针锋相对，难分高下。而此时最高法院恰好处在新老更替中。虽然国会批准了尼克松总统对刘易斯·小鲍威尔（Lewis F. Powell, Jr.，1971—1987年任职）和威廉·伦奎斯特（William H. Rehnquist，1971—1986年任职，1986—至今任首席大法官）两位新法官的提名，但他们尚未宣誓就职。因此，只有7位大法官参加了庭审。首席大法官伯格（Warren Burger, 1969-1986年任职）请哈里·布莱克门（Harry Blackmun，1970-1994年任职）大法官起草判决书。后者曾经是一家著名医院（Mayo Clinic）的法律顾问。布莱克门琢磨了数月，才在1972年5月搞出一份判决书草稿。其他法官称，这个宣布得州法律违宪的裁决书，理由还不够充分，需要加强。布莱克门自己也有同感，认为还是在秋天再进行一次庭辩为好，这样就可以听听两个新任大法官的意见。随后，他便一头扎到了医学图书馆中，花了好几个星期，研究堕胎的历史。

---

① Ibid.

1972年10月11日，在间隔了10个月后，最高法院对该案进行了第二次庭审。尽管双方并没有提出更有新意的控辨理由，但大法官们的心理天平却在韦丁顿律师的雄辩下发生了微妙的变化。韦丁顿指出，虽然他们要求最高法院保护妇女的堕胎权，但并不是说堕胎本身就是一件好事，或在任何特定的情形下都是"令人满意的"，"我们只是想诉求，继续怀孕还是终止怀孕的决定应当由孕妇本人做出"，而且，"她也拥有宪法赋予的权利来独立地做出这一决定"，州和县政府根本无权加以干涉。[①]

庭审后，大法官们的观点逐渐明朗，除怀特（Byron White，1962—1993年任职）和伦奎斯特两人外，其他的7人都支持原告。1973年1月22日，法院宣布由布莱克门大法官起草的判决书，它以可以看作是布莱克门对堕胎历史深入研究的一个成果。

从三个方面，布莱克门论述了妇女拥有自由堕胎权的宪法依据。首先，法院应当保护正在承受肉体和精神折磨的、那些不愿生育的怀孕妇女，而不是法律地位不清的胎儿。尽管有人认为，人的生命是从母亲怀孕的那一瞬间开始的，但同样也有人持生命始于出生之后的观点。因此，胎儿的法律地位并不确定，"最高法院也没有必要纠缠于这一难题"。虽然宪法没有对多次出现的"人"（person）做出明确的定义，但"从一切情形看，联邦宪法中的'人'都是特指出生后的人"，"没有确切的证据证明"，该字具有"出生前的胎儿"这一含义。[②] 因此，胎儿并不享有宪法规定的各项公民权利，问题的关键应当是州政府制定的禁止堕胎法是否侵犯了怀孕妇女的平等宪法权利，而不是堕胎是否侵犯了胎儿的平等生命权。

---

① Robert Kelley, *The Shaping of the American Past*. *Vol. II*, New Jersey: Englewood Cliffs, Prentice-Hall, Inc., 1990, P. 769.

② Roe v. Wade, 410 U. S. 113, 156-158 (1972).

其次，自由堕胎权是隐私权的重要组成部分，除非涉及特别重大的社会公益，否则州政府不能随意加以干涉。在最高法院已确立的“隐私权”中，自由堕胎权是有其合法地位的，如果这项权利受到任意侵犯的话，将对孕妇产生难以估量的伤害。因为，不满意的生育不仅让妇女身心痛苦，而且也不利于孩子今后的成长。

第三，法院把妇女的孕期分为三个阶段，确定了孕妇和州政府各自拥有的权利。在怀孕最初三个月，胎儿尚未成形，堕胎对孕妇一般不会造成伤害，因此，妇女有充分的自由来决定是否堕胎。在怀孕的中间三个月，州政府虽可以对堕胎作一定的管理，但仅限于规范堕胎的程序，以切实保护孕妇的身体健康，堕胎决定应当由孕妇与医生协商后做出。只有在怀孕的最后三个月，由于胎儿已基本发育成熟，有了“生存能力”，且此时堕胎会给孕妇带来很大风险，只有在这时，州政府禁止堕胎“才拥有了逻辑学和生物学上的合理性”。[①]

据此，布莱克门明确指出，由于得州的禁止堕胎法没有对不同怀孕阶段的妇女分别做出规定，而是简单地认为只要不危及“孕妇的生命”，任何孕妇都不得堕胎，这种“过于宽泛和模糊的”规定，使一切希望堕胎的孕妇失去了自由堕胎的权利，因而侵犯了孕妇的平等宪法权利，故必须予以推翻，得州和达拉斯县政府应当按照本案的判决终止对该法的执行。[②]

## 三、剪不断理还乱　举国上下论堕胎

罗案判决当天，并没有立即轰动，因为那天报章的头条新闻

---

① Roe v. Wade, 410 U. S. 113, 163 - 164 (1972).

② Roe v. Wade, 410 U. S. 113, 164, 166 (1972).

是美国前总统约翰逊去世。但现在，大多数历史学者都认为，它可能是仅次于布朗案的20世纪最重要的判决。因为它宣布了一项以前从未存在过的宪法权利，而且这一权利对美国社会产生了巨大的影响。

一夜之间，最高法院实际上判定49个州相关法律无效，只有纽约是个例外，它当时已经通过了堕胎合法化的法律。由于不再需要偷偷摸摸地堕胎，堕胎数量迅速增加，不久，全美四个孕妇中就有一个选择堕胎。这一现象加剧了堕胎问题上的社会纷争。在开明派和女权主义者兴高采烈，盛赞最高法院的决定“明智而又勇敢”，是“对妇女身心健康的保护”。与此同时，保守派却愤愤不平，甚至是痛心疾首。一位共和党保守派参议员指责说，最高法院违背了社会的道德准则，其判决将会像斯科特案的判决一样“臭名昭著”。[1]最高法院的一纸判决，非但不能消除长期形成的意见分歧，而且还催生美国社会中完全对立的两派：反对堕胎合法化的生命派和支持堕胎的选择派。前者包括天主教徒、新教原教旨主义者以及其他持传统价值观念的人士，后者是女权主义者和在宗教及道德等问题上持开明观点人士的大联合。

争论的双方并不满足口头上的辩论，而且还竭力鼓动州议会和联邦国会出台各种禁止或允许堕胎的法律，从而使堕胎政治化。1981年，保守派众议员亨利·海德和参议员杰西·赫尔姆斯联名向国会提交了一份法案，要求国会公开认可生命始于妊娠，任何联邦下级法院都不得审理有关州政府禁止堕胎的案件；1983年，参议员奥林·哈奇又提出了一项只有一句话的宪法修正案：“联邦宪法不保护堕胎权”，但他们的努力未能成功。[2]

---

① Robert Kelley, *The Shaping of the American Past*, *Vol. II*, P. 771.

② David G. Barnum, *The Supreme Court and American Democracy*, New York: St. Martin's Press, 1993, PP. 169 – 170.

1980和90年代，保守的共和党连续执政12年。特别是所谓的“里根革命”推动了美国社会趋向保守。在这一背景下，最高法院对堕胎问题的看法上发生了微妙的变化。在1977年马厄诉罗和1980年哈里斯诉麦克雷两案[①]中，最高法院裁定，政府不得向堕胎妇女提供医疗补助金（Mediaid）。[②]

在1989年韦伯斯特诉生育健康服务中心案中，最高法院又以5比4，认可了密苏里州的一项法律，它禁止利用政府基金资助堕胎和禁止在州政府机构中实行堕胎。在1992年计划生育联盟宾夕法尼亚州东南分部诉凯西案中，最高法院又部分地支持了宾夕法尼亚州的一项管制堕胎的法律，该法规定18岁以下孕妇在堕胎前必须征得父母同意，而且她们必须在咨询过有关机构24小时后，才能进行堕胎。

虽然最高法院并没有推翻罗案确立的司法先例，但已经从其当初所持的最大限度保护妇女堕胎权的立场上后退了不少。最高法院的这一转变，似乎希望减弱“生命派”与“选择派”之间的尖锐对抗。但事实上，最高法院的做法没有产生令人满意的效果。不仅两派的斗争依然激烈如初，而且各种形式的暴力事件也不断涌现，甚至最高法院的大法官们也不时收到威胁性信件，敦促他们推翻罗案判决，以至于政府不得不加强对他们的保护。

罗案至今已30年，但美国社会依旧因堕胎而“分裂”。具有讽刺意味的是，当年的“罗”已变成了坚定的“生命派”，而被告韦德却成为“选择派”的支持者。盖洛普公司（Gallup）2000年10月初的一项民意调查显示，美国“生命派”和“选择派”

---

① *Maher v. Roe*, 432 U. S. 463 (1977); *Harris v. McRae*, 448 U. S. 27 (1980).

② 医疗补助金是美国的一项社会福利，它是由联邦和州政府联合向无钱支付医疗费的穷人提供补助。

的支持者分别为45%和47%，基本上势均力敌。由此看来，美国国内围绕堕胎问题而产生的社会和政治纷争远没有结束的迹象。在一个相当长的时间内，堕胎将继续成为影响美国社会和政治发展的一个至关重要的因素，“生命派”与“选择派”之间的争论也将继续进行下去，对他们来说，“战斗正未有穷期”。

（白雪峰 任东来）

# 22."帝王总统"的自我弹劾

## ——美国诉尼克松案(1974)[1]

对美国现代史略有所闻的人都知道,水门事件引发的政治风暴,使尼克松丢掉了总统宝座。但恐怕很少有人知道,尼克松下令将白宫办公室的工作谈话秘密录音,是导致他被迫辞职的直接原因。从法律角度看,如果没有白宫录音磁带的存在,尼克松很可能不会辞职下台。尼克松本人曾极为懊悔地哀叹:"我弹劾了我自个儿。"[2]

根据美方已解密的中美首脑会谈档案,1973年11月12日,毛泽东主席会见基辛格(Henry Kissinger)博士时,半开玩笑地问道:"为什么你们国内,对水门事件这个屁事那么在乎?"中方翻译唐闻生说,她不能直译"屁事"一词,因为此语意为"放屁"。话到此时,毛泽东以及参加会见的周恩来总理和姬鹏飞外长都笑了。中方解释说,"屁事"在这里只是个比喻,意为那只不过是小事一桩。[3]

---

① *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974) http://laws.findlaw.com/us/418/683.html.

② 转引自 Stanley I. Kutler, *The Wars of Watergate: The Last Crisis of Ricard Nixon*, New York: Alfred A. Knopf, 1990, p.619. 说明,此语是尼克松1977年接受英国著名电视节目主持人弗罗斯特(David Frost)采访时的谈话。

③ William Burr, ed., *The Kissinger Transcripts: The Top Secret Talks with Beijing and Moscow*, New York: New Press, 1999, pp.181-182.

那么，水门案这个"屁事"为啥会演变为美国宪政史上前所未有、惊心动魄的大案要案？尼克松究竟是不是水门窃听案的主谋者和策划者？他为何要下令将白宫办公室的工作谈话录音？白宫的录音系统与尼克松下台之间究竟有何关系？美国最高法院在水门案中扮演了何种角色？水门事件对美国宪政体制造成了哪些影响？所有这些问题，要从1972年在水门大厦发生的一起窃听案从头谈起。

## (一) 谁策划了水门窃听案？

水门大厦地处美国首都华盛顿特区西北区风景秀丽的波托马克河畔，由一家五星级饭店、一座高级办公楼和两座豪华公寓楼组成。大厦正门入口处，有一个小型人工瀑布从高处飞流直下，水花飘舞飞扬，使整个建筑群有了"水门"的美称。

水门大厦与市区15街的麦迪逊饭店齐名，是美国上层权势社会的象征之一。大厦距国务院和肯尼迪国家表演艺术中心只有两条街，离白宫、国会大厦和五角大楼也很近。公寓楼里的住户大多是内阁部长、国务院高官、参众两院议员和白宫高级幕僚。水门事件中的两位重要角色，尼克松竞选班子的主管、前司法部长米切尔（John Mitchell）和尼克松的女秘书玛丽·伍兹女士（Rose Mary Woods）恰好也是水门大厦的住户。而办公楼的第六层，当时是美国民主党全国委员会的总部。

1972年6月17日凌晨，水门大厦的保安偶然发现，从地下车库通往大厦的门锁两次被胶布贴住，他便立刻报警。当时正在附近巡逻的警车恰好需要加油，警方只得传呼两位便衣特警支援。由于特警身着便服，所以没有引起望风报警人的注意。结果，警方出其不意地抓获了五个潜入民主党总部安装窃听器和拍照文件的嫌犯。其中一位名叫麦克德（Jams McCord）的嫌犯曾

是中央情报局特工，现任尼克松总统竞选班子（Committee to Re - elect the President）的安全顾问。另外四个伙计，是反卡斯特罗的古巴流亡分子。后来的调查发现，负责遥控指挥这次行动的人物，居然是白宫特别助理亨特（E. Howard Hunt）和尼克松竞选班子的法律顾问利迪（G. Gordon Liddy）。

那么，尼克松究竟是不是水门窃听案的幕后主谋者和策划人呢？30年后的今天，历史学家和水门事件专家已经可以比较肯定地回答：第一，尼克松不是这起窃听案的直接主谋者和策划人。第二，尼克松从未批准对民主党总部进行窃听的任何密谋或行动计划。第三，尼克松事先对水门窃听案一无所知，他本人在《迈阿密论坛报》上首次得知水门窃听案，当时感觉这是个玩笑。[①]

从案发现场分析，水门窃听案的具体策划者和指挥者，是一帮既无美国政治常识，又缺乏基本间谍技术训练的傻帽儿。

首先，对美国政治稍有常识的人都知道，美国宪政体制中的政党，只是一种极为松散的组织。所谓民主党全国委员会总部，实际上只是一个负责对外公关的事务性部门，绝非党和国家的领导中枢。在水门大厦总部，民主党的竞选班子从未召开过与竞选战略有关的会议，民主党总统肯尼迪和约翰逊执政期间决策内幕的绝密文件，更不可能会存放在这里。试图在此地安装窃听器和拍照绝密文件，纯粹是弄错了目标。多年之后，尼克松一直都在纳闷，这帮蠢货怎么会对这个毫无情报价值的目标搞窃听？[②]

---

① Paul Johnson, *A History of the American People*, New York: Harper Collins Publishers, 1997, p.900. 另见 Len Colodny & Robert Gettlin, *Silent Coup: The Removal of a President*, New York: St. Martin's Press, 1991, pp.162 – 168.

② 〔美〕尼克松：《尼克松回忆录》（中译本），中册，北京：商务印书馆，1979年版，第335页。

其次，既然要潜人警戒外松内紧、素有“豪门大厦”之称的水门大厦玩政治窃听的脏活儿，那就应当派出一位训练有素、象特工007那样的谍报高手。谁料想，策划者派出了由五位生手组成的浩荡队伍。他们不但撬门扭锁的手艺糟到极点，而且还犯下了用胶布贴住门锁的低劣错误。当便衣特警把他们堵在屋里后，人数占优的这五位仁兄惊惶失措，乖乖地束手就擒，一点儿反抗或越墙而逃的举动都不敢有。

最后，既然窃听行动由白宫幕僚直接指挥，就该有个脱身之策，绝对不能暴露白宫幕僚涉嫌的丝毫马脚。可是，麦克德的身份是总统竞选班子的顾问，在另外两位案犯身上搜出了白宫助理亨特的私人电话号码。更令人不可思议的是，案发之时，亨特和利迪正在与大厦隔街相对的约翰逊旅店（Howard Johnson）遥控指挥，见大事不妙，他们立刻仓惶出逃，竟然遗留了文件箱和联号的百元大钞。《华盛顿邮报》记者根据百元大钞线索，持续追踪调查，终于发现这些钱源自共和党的政治捐款和竞选经费。

总之，水门事件留给后人的感觉是，鬼迷心窍、胆大妄为的白宫幕僚犯下一堆令人难以置信的低级错误，最后把国家最高元首也拖下水，淹得半死不活。

那么，尼克松手下的白宫助理和顾问何以胆大包天，策划和施行这起荒唐的窃听案？尼克松一向以精通谋略权术著称，为什么任用这帮傻帽儿充任白宫助理和顾问？此外，既然尼克松最初对水门窃听案一无所知，为何又会丢掉总统宝座？还有一些人义愤填膺，在案后高声质问：“这个骗子是咋当上总统的？”

所有这一切，都要从尼克松的个人经历、他的越战政策、白宫幕僚班子以及美国宪政体制的特点人手分析。

## （二）“这个骗子是咋当上总统的？”

尼克松1913年生于加州，自幼家境贫寒，但始终勤奋好学。他以全校第一名成绩从中学毕业后，同时被哈佛和耶鲁大学录取。但因家境窘迫，只得就读家乡的三流学府威特尔学院（Whittier College）。大学毕业后，尼克松获得全额奖学金，就读著名的杜克大学法学院。1937年，他以法学院前三名的优异成绩毕业。当尼克松踌躇满志，申请华尔街著名律师事务所和联邦调查局的律师职位时，却吃了一连串闭门羹。他只好回到西部老家，屈就家乡小镇上的一个三流律师事务所。

联邦调查局绝对是挑花了眼。尽管貌不惊人，但尼克松绝对是一个心雄万夫、野心极大的人物。二战期间，他参加海军，屡获嘉奖，官拜少校。1946年，33岁的尼克松刚刚脱下军装，缺乏从政经验，但却冒险决定竞选国会议员。在当时美苏冷战和保守思潮高涨的背景下，他采取指责民主党对手是“新政共产党人”的竞选策略，以微弱优势获胜，成为当时最年轻的众议员之一。1950年，尼克松故技重演，经过一场指责对手亲共和带有强烈人身攻击色彩的激烈选战，他赢得了国会参议员的席位。

在尼克松早期政治生涯中，反共是一个非常突出的特点。在众议院，他大力支持杜鲁门政府的遏制战略，积极参与调查共产党人渗透和颠覆美国政府的活动，在著名的希斯间谍案[①]中一举成名；在参议院，他一度追随麦卡锡参议员，推行臭名昭著的麦卡锡迫害活动。1952年，年仅39岁的尼克松赢得共和党提名，

---

① 希斯（Alger Hiss）曾任美国国务院官员，民主党人。他于1948年被指控是华盛顿特区美国共产党间谍网成员，曾向苏联提供国务院机密文件。后因伪证罪被判刑5年。

出任艾森豪威尔将军的竞选搭档。1953年，他成为美国历史上第二个最年轻的副总统。[1]

与深受克林顿器重的戈尔（Albert Gore）和在小布什（George W. Bush）内阁中权倾一时的切尼（Richard B. Cheney）这两位副总统不同，尼克松在艾森豪威尔政府中倍受冷落。在八年副总统生涯中，他的角色大致相当于国务院礼宾司司长。作为总统的外交特使，尼克松迎送往来，马不停蹄，先后出访过53个国家，获得了丰富的国际事务和外交政策方面的经验。1959年，他出访莫斯科时，因与苏联领导人赫鲁晓夫进行了著名的“厨房辩论”[2]，名声大振。

1960年，尼克松出马竞选总统，经历了一次令人心碎的失败。大选前夕，他与民主党候选人肯尼迪进行了美国总统选战中第一次电视直播辩论。当时，收音机前的多数听众认为，才思敏捷、思想深邃的尼克松略占上风；但电视机前的多数观众，尤其是女性观众却一致认为，家世显赫、哈佛毕业、形象英俊、风度迷人的肯尼迪占居了绝对优势。一个月后，尼克松以微小劣势败北。在普选选票中，肯尼迪得票率为49.7%，尼克松得票率为49.5，两人只相差千分之二。共和党的选举专家认为，尼克松实际上是输在新闻媒体搞的电视辩论上了。林肯总统其貌不扬，若搞电视辩论，他恐怕也是输多赢少。

大选刚结束，就传出了民主党舞弊和重复投票的丑闻。在当

---

① 美国历史上最年轻的副总统是布莱金瑞奇（John Breckinridge），他36岁时出任布坎南总统（James Buchanan，1857－1861任职）内阁的副总统。

② 1959年访苏期间，在莫斯科“美国住房展览会”开幕式上，尼克松与赫鲁晓夫在“厨房展厅”进行了一场针锋相对的激烈辩论。因这次辩论，尼克松赢得了“勇敢面对”苏联领导人的声誉。

时共和党的传统地盘伊利诺伊州和得克萨斯州，肯尼迪获得的选票，居然大大超出这两个州民主党登记选民的人数。面对选举舞弊的传闻，尼克松比2000年大选时的戈尔有风度得多，他坚持不同意重新计票。在其名著《六次危机》中，尼克松写道："如果我要求重新计票，新政府的组织以及旧政府对新政府在职权上有秩序的移交，就可能推迟数月。整个联邦政府内部局势将乱成一团"。"依我看来，将会在全国造成无法估计的和持久的损害。"①

可是，新闻媒体并不赏识尼克松的君子风度。美国新闻界历来是"自由化"的大本营，基本政治立场属于中间偏左。面尼克松是极右派，靠反共成名，并一度积极支持麦卡锡，与新闻界结怨极深。尼克松也缺乏里根和克林顿那种擅长与媒体打交道的天赋。在当时的媒体笔下，尼克松以擅长权术著称，被封上了"狡猾的迪克"（Trick Dick）恶名，其言谈举止也常常是主流媒体和脱口秀节目挖苦的对象。两年后，尼克松竞选加州州长之职，再次一败涂地。

由于连遭败绩，而且面对充满敌意的媒体，尼克松黯然神伤，不得不退出政治舞台，在纽约开了一家律师事务所。在宣布退出政坛的记者招待会上，他愤愤不平地向媒体表示："今后不会有个叫尼克松的人让你们踢来踢去了。"②多数观察家认为，今生今世，"狡猾的迪克"将与政治无缘。但实际上，尼克松只是暂时偃旗息鼓，暗中仍在积蓄力量，谋划东山再起。1968年，他抓住民主党总统因越战政策失误而大失民心的良机，冒险出

① 尼克松：《六次危机》（中译本），下册，北京：商务印书馆，1972年版，第628页。

② 引自 Tom Wicker, *One of US: Richard Nixon and the American Dream*, New York: Random House, 1991, p.3.

山，打出了结束越战、从重打击刑事犯罪、恢复法律和秩序的旗帜，再次出马竞选总统。凭着屡败屡战的韧性和高瞻远瞩的谋略，他终于险胜民主党对手，登上了总统宝座。

虽然攀上了权力的顶峰，但尼克松的内心深处，却总有一种不安全感。作为一个职业政客，他一生中相当多的一部分时间，不得不花费在其本人深恶痛绝的各种竞选活动中。他虽然靠竞选出人头地，但历次竞选期间经受的巨大精神压力，目睹的世态炎凉和媒体对他的刻薄攻击和讽刺挖苦，以及一度连遭败绩的惨痛经历，都已成为他心中永远的痛。

另外，尼克松的口才和仪表平平，缺乏伟大人物那种举重若轻、超凡出众的个人魅力（Charisma），而且，早年还有被联邦调查局和著名律师事务所拒之门外的尴尬经历。这些因素和经历，对他的性格影响颇深。当年深受尼克松提携、重用的基辛格博士曾在回忆录中，多处描述了尼克松既刚愎自用、过分自尊，又优柔寡断、自负自卑的性格。曾在尼克松的竞选班子中出任首席经济顾问的格林斯潘（Alan Greenspan）也注意到，尽管尼克松是自威尔逊总统（任期 1913—1921，曾任普林斯顿大学校长）以来智商最高的美国总统，但这位总统大人平时的谈吐行事却不够自信。[①]

对于即将来临的 1972 年总统选举大战，尼克松疑神疑鬼，焦躁不安。一方面，他极想连任总统，以美国历史上首位干满两届副总统和两届总统的身份，主持 1976 年美国独立二百周年庆典；另一方面，他又缺乏战而必胜的信心，对竞选连任的前景忐忑不安。尼克松左右的亲信知道，1960 年大选以千分之二差距"险败"，对尼克松身心伤害极深；1968 年大选以微小差距"险

① 引自 Justin Martin, *Greenspan: The Man Behind Money*, Cambridge, MA: Perseus Publishing, 2000, p. 74.

胜”，同样使尼克松胆战心惊。为了确保在1972年大选中获胜，他的竞选班子决心不惜任何代价，寻找能够击中民主党候选人要害的重磅炮弹，以求增加竞选胜利的保险系数。

## （三）“沉默的大多数”和“管子工”

美国深陷越战泥潭是影响尼克松连任的最大障碍。越战失败不仅削弱了美国的国际战略地位，而且引发了国内的分裂和动乱。声势浩大的反战示威、规模空前的黑人种族暴乱、激进失控的校园反政府运动与因军费浩大引发的通货膨胀和经济衰退相互交织，使美国社会陷入了前所未有的无序和混乱。在1968年向尼克松移交这个烂摊子时，约翰逊（Lyndon Johnson）总统忧心忡忡地说：“当前国内外的各种问题，也许比林肯以来的历届总统面临过的问题都要严重。”①

尼克松是位现实主义政治家，崇尚实力地位，他结束越战的方针很明确，那就是“先打再谈、体面撤军”。在他看来，战场上得不到的东西，谈判桌上同样得不到。只有施加强大的军事压力，才能迫使对手回到谈判桌上，接受对美国有利的停战条件。用他自己的话说：“法国曾为留在越南而战，美国却为撤出越南而战。”②

可是，这种“先打再谈、体面撤军”的战略，必然会引起国会、新闻媒体和广大民众的强烈反对。在美国分权制衡的政治体制中，甚至高度机密的外交政策，也是通过各权力部门之间的相

---

① Richard Nixon, *The Memoirs of Richard Nixon*, New York: Grosset & Dunlap, 1978, p. 337.

② 尼克松：《不再有越战》（中译本），北京：世界知识出版社，1999年版，第124页。

互作用来体现的。除了总统、白宫幕僚和行政机构之外，其他各种力量，如国会、政党、利益集团、新闻媒体、民意、思想库等同样参与或影响决策。这种宪政民主体制的明显弱点，是极易泄密、相互扯皮和决策效率低下。法国著名政治学者托克维尔认为："在指导国家的对外关系方面，民主政府绝对不如其他政府。"① 美国最高法院大法官布兰代斯（Louis D. Brandeis，1916—1939 任职）也曾指出："1787 年制宪会议奉行分权原则不是为了提高效率，而是要杜绝专权。"②

作为政界老手，尼克松对美国政治制度的弱点洞若观火。为了尽快摆脱越战僵局，他独断专行，铤而走险。1969 年 2 月，尼克松连招呼都不向国会打一声，下令秘密轰炸北越在柬埔寨的军事基地和军用公路"胡志明小道"，悍然将越战扩大到柬埔寨。柬埔寨当时的国家元首西哈努克亲王，巴不得美国空军早点儿把北越军队炸走，所以对美军狂轰滥炸一声不吭。而北越自知在中立国建立军事基地理亏，挨了炸弹却也不敢声张。这样，这场不宣而战的秘密战争开打几个月后，才被《纽约时报》于 1969 年 5 月 9 日曝光。尼克松如此目中无人、大胆妄为，把参众两院议员们气得死去活来。

轰炸事件曝光后，引发了国内更为激烈的反战抗议浪潮。尼克松一不做，二不休，干脆派遣数万美军大举入侵柬埔寨，彻底扫荡北越的后勤基地。更有甚者，他后来冒着与中国和苏联摊牌的风险，下令对北越进行大规模战略轰炸，封锁北越领海，切断来自中国和苏联的军事援助。前任总统们十几年来不敢任意胡来的事，尼克松一夜之间几乎全干了。这一系列战争升级行动，激

---

① 〔法〕托克维尔：《论美国的民主》（中译本），上册，北京：商务印书馆，1991 年版，第 260 页。

② Louis D. Brandeis, *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 293 (1926).

起了全美各地空前绝后的反战高潮。大学校园里瓦斯弥漫、警棍横飞；国会两院中争执不休、吵成一团。一些国会议员强烈要求弹劾“战犯”尼克松。

新闻媒体当然更不会放过尼克松。1969年4月1日，国家安全委员会向尼克松提出了结束越战的几套预案，其中包括一项单方面撤军的参考预案。五天之后，《纽约时报》就透露消息说，美国正在考虑单方面撤军。对南越阮文绍政权来说，这无疑是晴天霹雳。北越军民则士气大振。同年5月1日，《纽约时报》又泄露了美国战略核力量的国防机密，其中包括美国战略导弹系统的各种改进方案。尼克松对泄密恨之入骨，他告诫白宫幕僚：“切记，新闻界是我们的敌人。”[①]

更要命的是，1971年6月，国防部前雇员艾尔斯伯格（Daniel Ellsberg）出于反战目的，将工作之便获得的一批美国越战决策的绝密文件捅给了《纽约时报》和《华盛顿邮报》。这些文件清楚地表明，美国政府在越战问题上误导和欺骗了美国人民。由于这些文件涉及国防机密，联邦司法部心急如焚，要求联邦法院立即下令，禁止新闻媒体发表绝密文件。司法部认为，公开这些绝密文件，其后果将是增加美国军人的伤亡，破坏盟国之间的合作，极大地增加与敌方谈判的困难并延长越南战争。

可是，联邦最高法院在著名的“五角大楼文件泄密案”（New York Times Co. v. United States，1971）中，以6比3三票之差拒绝了司法部的请求。在法院判决书中，大法官斯图沃特（Potter Stewart，1966－1986任职）有针对性地指出：“与议会制政府的总理相比，美国总统在国防和外交这两个重要权力领域中拥有巨大的宪法独立性”。“由于缺乏宪法在其他领域中的制衡机

① William Safire, *Before the Fall: An Insider's View of the Pre - Watergate White House*, New York: Doubleday & Company, 1975, p.70.

制，对国防和外交领域的政策和权力的惟一有效的限制，只能来自开明的公民团体；只有具备必要信息和批评精神的公众舆论，才能保护民主政府的价值。”斯图沃特的结论是：“尽管我认为政府行政部门关于秘密文件的观点在某些方面是正确的，但我不能说文件的透露会对国家和人民造成直接、立刻和不可挽回的损失。”①

在结束越战问题上，尼克松扮演了一个难度极大的角色。他既要进行大规模军事冒险，又要通过艰难的外交谈判促成停战和撤军，同时还要应付国内反战运动、新闻媒体的抨击、政府内部的泄密和坚决维护新闻自由的最高法院。面对内外交困、腹背受敌的局面，为了稳住阵脚，缓解危机，尼克松采取了两项影响深远的措施。一项是向“沉默的大多数”（Silent Majority）直接呼吁；另一项是下令建立白宫的反间谍班子——“管子工”（Plumbers）。

“沉默的大多数”是尼克松发明的政治术语。按照尼克松的保守观点，那些鼓噪抗议、反对越战的人，其实只是美国社会中的少数人。这些反战分子焚烧国旗、拒服兵役、诋毁上帝、放任自流、吸毒乱交。由于新闻媒体的撑腰，他们游行示威、大喊大叫，让人误以为是美国社会中多数人的意见。但实际上，大多数美国人并不希望国家陷入一败涂地、分裂动荡的局面。可是，由于媒体的片面报导，大多数美国人处于沉默之中。尼克松坚信：“我制定的政策是为国家的利益服务，而不是为了满足大喊大叫的少数人。”②

---

① *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 727 - 729 (1971).

② 〔美〕莫尼卡·克罗利：《冬天里的尼克松》（中译本），南京：江苏人民出版社，1999年版，第351页。

为此，1969年11月3日，尼克松向全国发表电视讲话。他呼吁：“伟大的同胞们！沉默的大多数！我请求你们的支持”。“让我们团结起来争取和平。让我们也团结起来避免失败。我们应当懂得：北越不能使美国失败或丢脸。只有美国人自己才能使美国失败或丢脸。”[1] 这次电视演说获得了空前的成功。在听过演说的美国人中，尼克松的支持率高达77%。白宫还收到了8万多封表示支持的电报和信件。民众一定程度的支持，为尼克松实施“先打再谈、体面撤军”战略赢得了回旋余地。

自恃赢得了“沉默的大多数”的认同，加上后来在外交领域的重大突破和停战撤军的初步成果，尼克松有点儿得意忘形，自认为可以超越党派束缚，直接与民众对话，赢得大选胜利。在筹备1972年大选时，尼克松一反常规，抛开了传统的共和党助选机器，自己筹建竞选班子。事实证明，尼克松此举不但使自己在党内树敌众多，而且为水门窃听案埋下了伏笔。参议院水门事件调查委员会主席厄尔温（Sam Ervin, Jr.）认为：“如果尼克松总统将竞选连任的任务委托给共和党的助选班子，那就不会有水门事件。共和党的班子能够分辨，像水门窃听这样的行动，已超出了政治的范围。可是，尼克松却把控制竞选的大权交给了自己的亲信。这帮人除了是他的心腹之外，在政治和政府事务方面几乎毫无经验”。[2]

“管子工”是白宫反间谍班子的代号，因其任务是调查泄密原因和堵塞漏洞，故名。尼克松认为，泄露政府的外交和军事情报，都是通敌叛国行为，必须认真调查，严厉惩处。可是，由于新闻媒体受宪法第1修正案保护，所以调查的重点只能集中在政

---

① 《尼克松回忆录》，中册，第57页。译文根据英文原版有所改动。

② Sam J. Ervin, Jr., *The Whole True: The Watergate Conspiracy*, New York: Random House, 1980, p.vii.

府部门。出任总统后，尼克松无视宪法对公民隐私权的保护，以保护国家安全为名，下令对涉嫌泄密者进行大规模电子窃听和信件检查。1971年6月，在“五角大楼文件泄密案”中败诉后，尼克松大发雷霆，下令白宫幕僚可以在保护国家利益的名义下，采取各种必要的手段和措施，对泄密行为进行监视和打击。

“管子工”成立后，大肆调查涉嫌泄密者的各种线索，肆无忌惮，不择手段。他们曾经夜闯艾尔斯伯格心理医生的办公室，偷窃医疗档案，企图寻找证明艾尔斯伯格是共产党间谍的罪证。更有甚者，“管子工”还暗中策划，打算在自由派思想库布鲁金斯学会（Brookings Institution）投掷燃烧弹，然后趁乱找回丢失的政府机密文件。[1] 但由于风险过大，战绩平平，“管子工”于1971年底宣告解散，其部分成员转到尼克松的竞选班子当差。半年之后，正是利迪和亨特这两位原“管子工”中的干将，在水门事件中惹出了弥天大祸。

利迪是律师出身，打过韩战，当过检察官，干过联邦调查局特工，受过一点儿驾驭飞机、低空跳伞、擒拿格斗之类的训练。亨特是中央情报局特工出身，曾负责秘密召募和训练古巴籍雇佣军，参与1961年的“猪湾入侵”军事行动。[2] 但是，利迪和亨特都没受过真正的间谍训练，也缺乏这方面的经验。比如，他们主持的偷窃医疗档案行动，采取的手法竟然是破窗而入、砸开保险箱瞎翻的“业余”手段。

利迪和亨特虽然见识短浅、武功平庸，但却是野心勃勃、胆

---

① G. Gordon Liddy, *Will: The Autobiography of G. Gordon Liddy*, New York: St. Martin Press, second edition, 1996, pp.171–172.

② 1961年4月，中央情报局装备和训练的1400余名反卡斯特罗的古巴流亡分子，乘美国运输舰在古巴南海岸的猪湾（Bay of Pigs，又译吉隆滩）地区登陆。这次军事行动在登陆短短两天后被彻底击败。

大妄为之徒。他们名义上担任竞选班子的法律顾问和白宫特别助理，实际上负责搜集民主党对手情报和实施特种行动。由于《华盛顿邮报》专栏作家安德森（Jack Anderson）在专栏文章中泄露了一些机密，利迪和亨特便谋划了几套暗杀安德森的具体方案。[①]由于白宫高级幕僚担忧引火烧身，这项暗杀行动最终没有付诸实施。

1972年1月，在联邦司法部长办公室，利迪向司法部长米切尔、白宫律师迪安（John Dean）等人提交了搜集情报和打击对手的计划。其主要内容为：窃听民主党人电话，偷拍秘密文件；雇佣妓女勾引民主党竞选班子成员和总统候选人，用隐藏的摄像机偷拍淫秽场面，以此讹诈对手和换取情报；打击那些在幕后组织示威、破坏共和党全国代表大会的民主党人士，把这些危险人物秘密绑架到拉丁美洲国家。听完这个荒谬绝伦的计划，即将辞职出任竞选主管的米切尔表态说："希望你回去想想，拿出一些更现实的方案"。[②]遭到上司否决后，迪安让利迪又制定一套新的方案。在新计划中，利迪删去了不够"现实"的部分，保留了窃听和偷拍文件的行动。

不过，利迪虽然制定了窃听和偷拍文件的计划，但他并没有锁定水门大厦。利迪在回忆录中声称："我知道，我从未选定将水门大厦作为窃听目标。我一直认为这是个很傻的想法，因为有其他更好的选择。"[③]究竟是谁策划和下令闯入水门大厦搞窃听，至今仍然莫衷一是，众说纷纭。20多年之后，经水门事件专家

---

① G. Gordon Liddy, *Will: The Autobiography of G. Gordon Liddy*, pp.207-210.

② G. Gordon Liddy, *Will: The Autobiography of G. Gordon Liddy*, p.200.

③ G. Gordon Liddy, *Will: The Autobiography of G. Gordon Liddy*, p.371.

考证，幕后策划人是白宫律师迪安。[1]

## （四）白宫幕僚与“帝王总统”

可以说，如果没有越战引发的反战运动和泄密问题，很可能就不会有成事不足、败事有余的“管子工”；如果没有素质低劣、胆大妄为的“管子工”，很可能就不会有水门事件。那么，尼克松为啥放着中央情报局、联邦调查局这些现成的情报特工部门不用，偏要另起炉灶，组建白宫“业余”反间谍班子呢？

主要原因是，在美国的宪政体制中，总统必须和其他部门分享权力。中央情报局和联邦调查局虽然在原则上对总统负责、归总统领导，但国会和联邦法院也有权监督和限制这两个部门的权力。它们都必须按期向国会报告工作，回答国会质询，接受国会监督。根据1947年《国家安全法》，国会严禁中央情报局进行国内情报活动和干涉国内事务。而联邦调查局的行动必须遵循联邦法律的程序。

尼克松上台之初，曾下令联邦调查局采取行动，对涉嫌泄密者的办公室和私宅进行电子窃听和跟踪检查。可是，由于这种侵犯公民宪法权利的行动未经法院授权，联邦调查局局长胡佛（J. Edgar Hoover）一方面勉强同意部署窃听，一方面又借此要挟白宫，要求继续任命他担任局长。尼克松执政初期，胡佛局长和中央情报局局长赫尔姆斯（Richard Helms）都是民主党人，他们与罗斯福（Franklin Roosevelt）、肯尼迪（John F. Kennedy）、约翰逊等民主党总统关系密切、称兄道弟，对共和党总统尼克松却是一付公事公办的态度。由于最高法院在最新判例中对电子窃听予以

---

[1] Len Colodny & Robert Gettlin, *Silent Coup: The Removal of a President*, New York: St. Martin's Press, 1991, pp.105 - 106.

严格限制，联邦调查局后来干脆拒绝与白宫合作。在此背景下，为了继续进行非法调查和窃听，尼克松惟一可以信赖的部门，只能是总统的幕僚班子。

美国总统的幕僚，一般通称为白宫班子（The White House Staff）。立宪建国之初，美国总统的幕僚只是白宫里的办事员和勤杂人员。一战时期的学者总统威尔逊总共也只有三位行政助手，常常是他本人负责起草和回复白宫的大部分文件和信函。直到20世纪30年代，罗斯福新政大大强化了联邦政府行政部门的权力，经1939年《行政改组法》授权，罗斯福总统正式建立了总统助理和幕僚班子。此后，历届总统都利用行政命令和立法创议等方式，不断扩大幕僚班子的规模和权限。在尼克松执政时期，白宫班子的地位和权势登峰造极。

白宫班子主要由白宫办公厅、国家安全委员会、行政管理和预算局、经济顾问委员会、政策发展办公室等部门组成，其主要成员包括白宫办公厅主任、白宫新闻发言人、国家安全事务助理、国内事务助理、总统经济顾问以及其他各种冠以总统助理、特别助理、高级顾问、特别顾问之类头衔的总统私人助手。这些机构和人员皆由总统自行任命，受总统直接领导，无需参议院同意和批准。尼克松上台后，把白宫班子的规模扩充到3000余人，比罗斯福时期增加了10倍以上。白宫幕僚大有取代内阁行政部门，成为总统决策和施政的主要工具之势。

在美国的宪政体制下，内阁部长的提名和任命，往往受到党派政治、利益集团、族裔比例、政治选区、国会批准等复杂因素的制约。所以，很多内阁部长并非总统的心腹或忠诚追随者。正因如此，林肯、威尔逊、罗斯福、尼克松这类“强人总统”都不喜欢正式的内阁会议，重大决策极少经过内阁讨论。另一个背景原因是，内阁各部机构庞杂，官僚主义盛行，决策效率低下，使总统望而生畏。此外，内阁各部中的职业文官背景复杂，难以驾

驭，他们对走马灯般更换的总统并不忠心耿耿。因此，总统对行政部门的忠诚程度和保密能力一向缺乏信心。

相比之下，白宫幕僚班子能够比较好地满足总统的保密和权势需要。幕僚们长期追随总统，善于领会总统意图，对总统唯命是从，是总统意志最忠实的执行者。他们利用能够经常接触总统的机会，出谋献策，参政议政，争权夺宠，竭尽效忠，直接参与重大决策的制订和具体执行，严重侵犯了传统上属于行政部门的职权。正是这些“既非民主选举产生，又未经立法部门批准任命的无名助手，对美国外交和国内政策作出重要决定。”[①]这一违反民主原则现象的出现，是制宪先贤始料不及的。

与内阁各部相比，白宫幕僚班子具有精明强干、反应敏捷、指挥灵活、智囊众多、富有创意的优点，在集中总统权力、协调政府各部门工作、提高行政效率等方面起到了良好作用。但是，总统重用白宫幕僚，并使其凌驾于内阁之上，极易造成严重弊端。首先，大量权力掌握在白宫幕僚手中，使国会对行政部门的监督失去意义，破坏了美国宪政体制中分权与制衡的基本原则。其次，白宫幕僚只对总统一人负责，他们溜须拍马，阿谀奉承，借机追求个人荣耀和影响高层决策的权势，使民选总统养成唯我独尊的帝王心态，使民主政府染上总统个人专制色彩。最后，白宫幕僚的升降沉浮全凭总统一句话，为了得到赏识和重用，一些志大才疏、野心勃勃的无名之辈不惜铤而走险，违法乱纪，滥用权力。一旦闯出大祸，必将殃及总统。

另外，总统选择幕僚时，往往比较注重个人忠诚而非经验或能力。尼克松因缺乏领袖个人魅力，所以在这方面显得格外突出。他所重用的高级幕僚，除前哈佛大学教授基辛格外，绝大部

---

① Dan Rather and Gary P. Gates, *The Palace Guard*, New York: Harper & Row, 1974, p.306.

分都是当年律师事务所的合伙人或竞选班子成员出身。这些高级助手虽然对总统忠心耿耿，但却缺乏从政经历以及与国会和媒体等东部权势集团打交道的经验，对情报和特工部门也不熟悉。经他们招兵买马、筹划组建的白宫班子，难免泥沙俱下、鱼目混珠，最后终于惹出了弥天大祸。白宫幕僚们也都是一些“正道”出身的人物，若论盗窃文件、窃听洗钱、绑架暗杀之类的武功，他们与心黑手辣的黑手党相差亦远。在整个水门事件过程中，尼克松的幕僚们表现出的应对危机的能力，实在令人不敢恭维。

尼克松上台后，白宫幕僚不但成为总统决策高参，而且成为直接处理内政外交日常工作的具体部门。在尼克松授权下，总统国内事务助理埃立希曼（John Ehrlichman）专横拔扈，把涉及国内事务的行政部门置于自己领导之下，内阁部长竟然要定期向他汇报工作。白宫办公厅主任霍尔德曼（H. R. Haldeman）权倾朝野，主持处理综合性大政方略，未经他点头，内阁部长和国会议员都无法面见总统，以致有总统“看门狗”（the president's son of bitch）之称。当尼克松出访时，霍尔德曼实际担负“代理总统”的重大职责，副总统阿格纽（Spiro Agnew）纯粹是个摆设。这种现象逐渐引起参众两院的关注和不满。

在外交领域，总统国家安全事务助理基辛格大权独揽，成为尼克松制定外交和军事战略的主要顾问。他们两人对外交战略的看法极为一致：超越意识形态，注重国家利益，迷信秘密外交，忽视民主程序。基辛格惯用瞒天过海之术，把国务卿罗杰斯（William Rogers）、国务院、参议院外交和军事委员会以及无孔不入的新闻界全都蒙在鼓中，象个超级间谍一样进行全球秘密外交

活动，接连走出怪招险棋。诸如缓和中美关系[1]、结束越南战争、签订美苏限制战略武器条约、中东和平谈判等重大外交活动，竟然都以秘密外交的手段完成。而尼克松则以突然袭击的方式，通过电视讲话向全世界宣布秘密外交的惊人突破，把毫无心理准备的新闻界、内阁行政部门和国会震惊得目瞪口呆。

人们可能会有疑问，宪政法治号称是美国的立国之本，三权分立号称是美国政治的基本特征。可是，美国总统在外交和军事领域的行为，有时简直就像罗马帝国的专制帝王。这种奇怪现象，常常使一些崇拜美式民主的人们深感疑惑和失落。

这个问题，实际上与美国宪法对总统外交和战争权力的含糊规定以及外交和军事的特殊性质有直接关系。根据宪法，外交事务的权力由总统和国会分享。比如，总统有权代表国家与外国缔结条约和任命大使，但缔结的条约和任命的大使需经参议院批准。但是，在实际运作中，由于外交事务具有高度保密和机不可失的特点，必须作出及时反应和果断决策，不可能事事经过宪政民主程序，由议事公开、反应迟缓的国会主导决策。对于外交问题，美国最高法院历来以“政治问题”为由，回避作出裁决。这样，总统必然在外交事务中居于支配地位。在寸土必争、弱肉强食的国际社会中，外交的实质是在综合国力的基础上以各种手段追求国家利益的最大化，使用武力是外交的实力基础和解决国际争端的终极手段。因此，在外交政策领域，不可能像国内政治那样强调分权制衡和民主程序。

在战争权问题上，美国宪法明文规定，只有国会拥有宣战权。然而，总统作为武装部队总司令，在实际运作中掌握了战争

---

① 由于早年的反共背景，当打破中美关系坚冰时，尼克松反而无所顾忌，大胆地往前走。相比之下，民主党和新闻媒体的自由派因担心被扣上“亲共”的帽子，根本没有魄力提出一项改善中美关系的外交战略。

权。历届总统都认为，兵贵神速，机不可失，当国家安全处于危急状况时，总统有权作出紧急军事决策。在立宪建国后短短200余年中，美国总统调遣军队出国作战高达150多次，但只有5次由国会正式宣战，即1812年美英战争、1848年美墨战争、1898年美西战争和两次世界大战。二战后美国进行的几场大规模战争和军事行动，如朝鲜战争、封锁古巴、越南战争、入侵柬埔寨等军事行动，事前都未经国会授权或批准。其中以尼克松秘密下令轰炸柬埔寨之战最为恶劣。1973年，美国著名学者小阿瑟·施莱辛格惊呼，在战争与和平这种生死攸关的问题上，美国总统已成为“专制帝王”(absolute monarch)。[①]

值得注意的是，尼克松执政时期，“帝王总统”权力已出现由外交和军事领域扩展到国内政策的趋势。如总统未经国会授权，便擅自撤消经济机会办公室（The Office of Economic Opportunity）；总统采取拦截国会拨款的手段胁迫国会；白宫建立秘密特工机构“管子工”，采取各种非法手段打击国内政敌；白宫幕僚大权独揽，凌驾于内阁行政部门之上。这些与宪政法治精神背道而驰的反常现象，引起了国会和媒体的极大不安和警觉。恰恰在这个时候，出现了水门事件。

## （五）小记者穷追不舍　女老板背后撑腰

水门案事发之初，媒体并不重视。《纽约时报》只在极不显眼的角落刊登了这则消息。当时更没人想到此案会牵涉白宫。在当时的民意测验中，尼克松的支持率已领先民主党对手高达28%之多（64%对36%），根本没必要搞这种小动作。但是，有

① Arthur M. Schlesinger, Jr., *The Imperial Presidency*, Boston: Houghton Mifflin, 1973, p.ix.

一家报纸却死死揪住水门事件不放，它就是《华盛顿邮报》。

6月17日案发之日，恰好是个风和日丽的星期六，《华盛顿邮报》的大牌记者们都已外出度假。没法子，值班编辑只得呼叫两位初出茅庐的“三流”记者伍德沃德（Bob Woodward）和伯恩斯坦（Carl Bernstein），让他们在周末加班加点，调查和采访此案。两位年轻记者好高骛远，听说这是一个“三流盗窃未遂案”，起初心中老大不乐意。没人会相信，他们对水门案的调查和报道会改变美国历史。

伍德沃德耶鲁大学毕业，当过海军军官，头脑敏锐，胸有韬略。他曾被哈佛大学法学院录取，但却临时改变主意，一门心思要当个新闻记者。可是，在邮报无薪试用实习两周后，因文笔平平，被扫地出门。看来，当邮报记者比考哈佛耶鲁还难。但他不灰心，三天两头打电话缠着主管编辑，把编辑弄得不胜其烦。这位编辑的妻子建议：这种死打烂缠的主儿，似乎适合当个调查记者。就这样，伍德沃德侥幸在水门案发生前不久重回邮报。伯恩斯坦才华横溢，富有创意，文字能力很强，但漫无纪律，吊儿郎当。他曾将租来的车忘在停车场，给邮报造成巨额赔款。水门案前，报社正在考虑解雇他。正是这两个不起眼的小记者，以政治侦探的毅力和冒险精神，发现并挖掘出美国历史上最大的政治丑闻。

案发当天下午，嫌犯在法院接受预审，主要程序是在法官面前过一下堂，安排一下保释待审事宜。伍德沃德前去旁听，但无精打彩。当法官询问嫌犯麦克德的职业时，此公小声回答：“安全顾问”。法官追问：“哪儿的安全顾问？”他答非所问：“最近刚从政府部门退休”。法官再问：“哪个政府部门？”但麦克德的回答像蚊子嗡嗡一样。法官大怒，厉声问道：“到底哪个政府部门？”麦克德轻声答复：“中央情报局”。听到这个答复，原本昏昏欲睡的伍德沃德，兴奋得差点从旁听席上跌落。他敏锐地感

到，这回有可能歪打正着，一不留神碰上了个惊天动地的大案要案。

次日，两位记者通过警察局的内线偶然得知，在嫌犯身上搜出的通信录中，有亨特的名字和私人电话号码，旁边注有英文缩写“W.H.”。“W.H.”的意思，可能是妓院（Whore House），也可能是白宫（White House）。在美国的50个州中，卖淫业仅在西部内华达州合法。[①] 难道这帮窃贼与远在西部的卖淫集团有瓜葛？两位记者判定，还是白宫的可能性比较大。于是，伍德沃德试着给白宫打了个电话，想证实一下有无亨特其人。没想到竟然查到了亨特的下落。伍德沃德在电话中出其不意地问道：为什么在水门案犯的身上有你的名字和电话号码？亨特毫无心理准备，措手不及，他惊叫：“天啊！”。[②] 接着，通过查找电话记录，两位记者发现水门案中的一个嫌犯，曾打过很多电话给尼克松的一个竞选办公室，在那里办公的是两个律师，其中一人名叫利迪。

于是，6月20日《华盛顿邮报》头版以醒目标题爆出新闻：“白宫顾问与水门窃贼有染”。同时还附带一幅漫画：两个警探在调查脚印，脚印一个接一个地最终引向白宫。接着，两位记者再接再厉，经过一番艰苦卓绝、惊险百出的调查，加上尼克松政府中一位身居要职的神秘人物提供线索，面授机宜，案情又获得重大突破。他们发现，一笔私人竞选捐款先以洗钱的方式转到墨西哥一家银行，然后存入水门案犯的银行账户。这说明，尼克松竞

---

① 美国是联邦制国家，50个州有各自不同的50部州宪法和刑法。内华达州经民主程序立法，规定卖淫业属于合法经营。联邦政府对此无权干预。

② ［美］鲍勃·伍德沃德、卡尔·伯恩斯坦著、杨恒达译：《总统班底——两个小人物是如何改写美国历史的》，北京：中国工人出版社，2001年版，第15页。

选班子与水门事件有千丝万缕的瓜葛。《华盛顿邮报》决心穷追不舍，查个水落石出。一篇又一篇的揭密文章，像一颗又一颗炸弹一样在美国政坛不断爆炸。

在水门调查案中，向两位记者提供线索的那位神秘高人，至今仍然是美国政治史上最大的谜团。为了保护消息来源，此公被冠以"深喉"（Deep Throat）的绰号。根据当年的君子协议，只有当"深喉"逝世之后，他的真实身份才能被公之于众。在水门事件中，"深喉"是一个至关重要的"告密者"，他提供的情报准确而致命，帮助两位记者由表及里地逐步揭开了水门事件的内幕。更重要的是，如果没有"深喉"提供情报，指点迷津，《华盛顿邮报》的总编辑和老板恐怕不敢轻信两个"三流"小记者的"侦探故事"。

《华盛顿邮报》对水门事件的揭露和报道，起初多数是大胆推理和猜测。照常理，尼克松的竞选班子可以采取诽谤诉讼的手段，上告联邦法院，要求报社要么提供真凭实据或消息来源的真实身份，要么趁早准备好巨额罚款。可是，由于联邦最高法院1964年《纽约时报》诉萨利文（New York Times Co. v. Sullivan, 1964）案判例的保护，也由于尼克松竞选班子做贼心虚，他们始终没敢用打诽谤官司的办法对付《华盛顿邮报》。对此，连伍德沃德也觉得有些意外。

对于新闻媒体报道水门案和五角大楼文件案时采取"双重标准"，尼克松颇为不满。他认为，对艾尔斯伯格非法泄露国防部绝密文件一案，媒体坚决支持。可是，对于闯入民主党总部，企图窃听政党机密但并未得手这种较小的案件，媒体却慷慨激昂，满腔义愤。尼克松挖苦说："即然《纽约时报》因发表五角大楼秘密文件而获得普利策奖，我们也可以照此办理，最好由谁发表

一篇演说，强烈要求授予水门大厦闯入人员以同样奖金。"[①] 不过，尼克松大概忘了，新闻媒体监督的对象是滥用权力的政府，而不是揭露政府内幕的小民百姓。

《华盛顿邮报》承受白宫压力最大之时，是尼克松赢得1972年大选之后。从选举人票看，尼克松在49个州获胜，得票率高达96.8%。民主党对手仅在马萨诸塞州和华盛顿特区市获胜，得票率为3.2%。自恃有"沉默的大多数"支持，尼克松连任总统后，便部署打压《华盛顿邮报》。白宫幕僚不仅对邮报封锁重大新闻，而且经常故意找碴，拒绝邮报记者采访，明摆着是要砸《华盛顿邮报》的饭碗。尼克松甚至亲自下令，通过联邦通讯委员会阻挠邮报所属电视台营业执照的更新。在一片肃杀气氛中，《华盛顿邮报》的股票从每股38美元急剧跌落到16美元。

在此背景下，《华盛顿邮报》女老板格雷厄姆（Katharine Graham）忧心忡忡：水门事件会不会是一次重大新闻失误？于是，格雷厄姆召见伍德沃德和伯恩斯坦，她担心地问道："事情最终会水落石出吗？"据伍德沃德回忆，女掌柜当时的语气挺客气，但实际上，她问话的真实含义似乎是："你们这两个小子要把我的报纸怎么办？"伍德沃德只好老实地答复：不能保证真相会完全水落石出。令这两个小子吃惊的是，格雷厄姆回答："永远不会吗？不要跟我说永远不会！"[②]

这位永不言败的女报人，出身犹太豪门家族，其父梅耶（Eugene Meyer）是著名银行家，曾在胡佛和罗斯福总统执政年代出任联邦储备委员会主席。她的丈夫菲利普·格雷厄姆（Philip Graham）毕业于哈佛大学法学院，曾任法兰克福特大法官（Felix

---

① 《尼克松回忆录》，中册，第339页。

② Katharine Graham, *Personal History*, New York: Alfred A. Knopf, 1997, p.483.

Frankfurter, 1939—1962 任职)的法律助理,他与格雷厄姆结婚后,开始担任其家族经营的《华盛顿邮报》总编辑。1961 年,菲利普不幸因精神狂躁病饮弹自杀。在报社风雨飘摇之时,格雷厄姆毅然决定出掌报社大权,成为当时全美 500 家大企业中惟一的一位女老板。

格雷厄姆早年毕业于芝加哥大学,但婚后 20 余年来一直是家庭主妇。丈夫自杀时,她已年近半百,是 4 个孩子的母亲。在美国新闻界激烈竞争的环境下,由一个半路出家的中年妇女领导知识精英如云、左右舆论潮流、身列全美 500 家大企业的大报社,其复杂和艰难程度可想而知。但是,出乎人们意料的是,格雷厄姆上任后,很快就表现出意志坚定、魄力惊人、判断准确、知人善人、广交豪杰的良好素质。她在水门事件中的成就,已成为美国新闻史上的一座巅峰。

1972 年 9 月 29 日,《华盛顿邮报》登出一篇爆炸性文章,揭露尼克松的心腹米切尔掌握一笔秘密基金,专门用来资助窃取民主党人情报的特别行动。为了深入查证,伯恩斯坦千方百计打探到米切尔的行踪,用电话向他通告了这则新闻。米切尔听后大惊失色,他破口大骂:"如果这些破烂登在报纸上,凯瑟琳·格雷厄姆的奶头会被大绞肉机绞住的!①伯恩斯坦听后简直难以置信,便记下了前司法部长不堪入耳的怒骂,打电话告诉总编辑布莱德利(Ben Bradlee)。布莱德利大喜,当即拍板决定,将此事在次日报纸登出。为了防止格雷厄姆女士阻挠刊登,布莱德雷根本就没向女掌柜请示汇报。

水门事件真相大白之后,一位医生从加州给格雷厄姆女士寄来了一个做工极为精致的金质小绞肉机,后来一位作家朋友又送

① 《总统班底——两个小人物是如何改写美国历史的》,第 113 页。译文根据英文原版有所改动。

给她一个小巧玲珑的金质小乳房，跟小绞肉机恰好成为天设地造的一对。格雷厄姆把两件宝贝用项链穿在一起，成为一副别具一格的首饰，在华盛顿社交圈中风靡一时。

## （六）“极刑约翰”重刑威吓

新闻媒体虽然神通广大，但它的作用只是呼风唤雨，制造舆论。在水门事件中，如果没有联邦法院、国会水门案调查委员会和特别检察官各显神通、同时施加巨大压力，单凭《华盛顿邮报》一家唱独角戏，是不可能把尼克松赶下台的。

在《华盛顿邮报》不断抛出爆炸性新闻的同时，1973年1月8日，联邦地区法院正式开庭审理水门案。主审法官约翰·西瑞卡（John Sirica）年轻时是位职业拳击手，以正手勾拳出手极重在职业拳坛小有名气。当上联邦法官后，他对罪犯毫不留情，动辄判处最重刑罚，绰号“极刑约翰”（Maximum John）。

从党派背景看，西瑞卡法官是共和党人，1957年艾森豪威尔总统任命他为哥伦比亚特区联邦地区法院法官。[①] 按常理，他应对涉案嫌犯和尼克松总统手下留情。但他坚持司法独立原则，超越党派立场，在断案时采用了延期判刑、重刑威吓这两大高招儿，对水门事件的结局产生了非同一般的影响。1973年12月，西瑞卡法官被《时代》周刊评选为1973年度全球风云人物。

美国宪政史上的一个极为有趣的现象是，在任命联邦法官问

---

① 美国的联邦法院体系分为三级：联邦地区法院（United States District Court）、联邦上诉法院（United States Court of Appeals）、联邦最高法院（Supreme Court）。截止1999年1月，国会批准任命的联邦法官分别为：最高法院9名；上诉法院179名；地区法院642名；一共830名联邦法官。所有的联邦法官都是终身制，以保证司法独立。

题上，共和党总统艾森豪威尔似乎缺乏“知人善任”的眼光。有人曾问他：在总统任期内，你是否犯过错误？艾森豪威尔回答：“是的，犯过两个错误。那两个都坐在最高法院。”[①]这两位就是美国最著名的开明派大法官沃伦（Earl Warren，1953—1969 任职）和布伦南（William J. Brennan，Jr.，1956—1990 任职）。艾森豪威尔在水门案发三年前去世。假如能多活几年，他犯过的重大错误估计会增加到三个，多出来的那一个毫无疑问“坐在”联邦地区法院。

水门案发后，白宫乱成一锅粥。尼克松虽然觉得窃听事件荒谬绝伦，但涉案人员与白宫和竞选班子直接有关，而且曾参与“管子工”的非法行动，所以必须掩盖真相，把消极影响降低到最低限度。于是，白宫幕僚进行了一系列掩盖行动，包括销毁证据，向联邦调查局施压，要求停止调查。7 月 1 日，即案发两周后，竞选主管米切尔宣布辞职。艾利希曼向尼克松建议，让利迪坦白认罪并承担全部责任。这样才能限制深入调查，使白宫高级幕僚平安无事。霍尔德曼提出，利迪坦白之后，“我们的人员可以上诉请求宽大，理由是利迪是个侦探小说看得太多而误人歧途的可怜的小伙子”。[②]

实际上，如果水门案犯认罪，而且一口咬定此事与白宫无关，他们不太可能因此而遭到重刑惩罚。原因很简单：水门案只是一起未遂政治窃听案，一无人员伤亡；二无机密泄露；三无财产损失；四无案犯拒捕。换句话说，这只是一个涉及党派斗争的政治案，并非严格意义上的刑事犯罪案。另外，水门案犯个个身

① 引自 Henry J. Abraham, *Justices and Presidents: A Political History of Appointments to the Supreme Court*, New York: Oxford University Press, 1974. p. 246.

② 引自《尼克松回忆录》，中册，第 345 页。

世清白，没有任何犯罪前科。按照美国司法审判的常例，他们只会受到罚款和缓期徒刑的判决。

在法庭审判期间，代表司法部出庭的联邦检察官采取了一种转移视线、大事化小的起诉策略，他无视媒体和警方已发现的证据和线索，对水门案犯的背景和金钱来源视而不见，一再强调"利迪就是主谋"。[①] 尼克松竞选班子的付主管马格鲁德（Jeb Magruder）也出庭作证，声称利迪虽然在他手下任职，但水门案完全是利迪一人天马行空、独往胡来。水门案犯们则咬紧牙关，强装硬汉，拒不招出幕后真相。最后，陪审团于1973年1月30日判决被告有罪。接下来，将由法官根据法律，判定有罪案犯的刑期。

像多数有心人一样，西瑞卡法官压根儿就不相信水门案犯的供词。水门案当时已成为万人瞩目的大案，如果就此草草收场，他作为联邦法官的声誉有可能大打折扣。在美国的司法体制中，法官的党派色彩固然会在一定程度上影响到司法判决。但是，由于司法公开和新闻监督，没有任何一位法官愿意以"党棍"的恶声在司法界遗臭万年。

在审案之初，西瑞卡法官曾特意提醒检方，陪审团希望了解此案的内幕和真相。比如，谁雇了这帮人？他们做案的目的是什么？谁支付的做案经费？可是，他的提醒并没起到应有作用。在美国的司法体制中，法官只是审判的司仪、裁判兼量刑官。如果控辩双方律师故意不使劲，那法官只能干着急。但是，当陪审团作出有罪判决之后，法官有权决定案犯的刑期，有权把刑罚定在法律允许的最大或最小范围。

西瑞卡法官知道，仅靠正常的刑罚，恐怕无法逼迫水门案犯

① 参见 John J. Sirica, *To Set the Record Straight*, New York: Norton & Company, 1979, p.64.

吐露真相。此案若要有真正突破，必须采取一点特殊甚至极端的手段才行。作为精通犯罪心理学的法官，西瑞卡知道，当大祸灾难临头之初，很多案犯会一时头脑发热，愣充英雄硬汉。可是过后，十有八九都会大喊后悔，此乃人之常情。有些战场上的英雄好汉，其实只是一时头脑发热，比懦夫草包多勇敢了几秒钟而已。因此，如果用重刑威胁水门案犯，同时把宣布刑期之日尽量延迟，使案犯们头脑冷静下来，用足够的时间闭门思考充当“替罪羊”的后果和下场，他们后悔还来得及。

可是，法官拖延判决，并以超乎寻常的重刑威胁案犯，在某种程度上已涉嫌滥用司法权。这么做是否合法呢？为此，著名民主党人、参议院水门案调查委员会首席律师戴西（Samuel Dash）根据以往的司法案例，主动向西瑞卡法官提供了法律咨询。[①] 据此，西瑞卡法官一方面设法拖延判刑日期，一方面漫不经心地泄露出可能会给水门案犯判处20年以上重刑的“司法机密”。

西瑞卡法官的两大高招儿，对利迪和亨特没产生什么作用。利迪是律师出身，比较了解美国的司法制度和审判程序，不太害怕法官的威胁。案发之后，他摆出了一付好汉做事好汉当的架式，在法庭上坚贞不屈，大义凛然，一口咬定自己就是主犯。他甚至暗下决心，为了国家利益，即使被白宫方面杀人灭口也绝不会口出怨言。亨特也是经历过一点风浪和场面的人，没把重刑威胁太当回事儿。但他趁机敲诈白宫方面，要求提供巨额金钱补偿。

被重刑威胁吓坏的是安全顾问麦克德。他虽然是中央情报局特工出身，但属于安装窃听器方面的技术人员，不是那种出生入死的一线间谍。另外，利迪和亨特都只是40出头的人，而麦克

---

① Samuel Dash, *Chief Counsel: Inside the Ervin Committee – The Untold Story of Watergate*. New York: Random House, 1976, p.27.

德岁数较大，当时已有50多岁。假如被判处20年有期徒刑，对他来说相当于无期徒刑，再多的金钱补偿也没用。而且，他在特工部门工作多年，深知其中黑幕，担心一旦身陷大狱，大有可能沦为无辜牺牲品。

经过激烈的思想斗争，麦克德决定坦白交代，争取从宽处理。3月19日，他给西瑞卡法官写了一封认罪信。内容大意为：水门案犯都受到政治压力，要他们承认有罪，并保持缄默。此案没有中央情报局背景，但涉及到一些未被识别的高层人士，他们在审案过程中作了大量的伪证。实际上是暗指竞选班子的付主管马格鲁德等白宫幕僚犯了伪证罪。另外，麦克德向法官表示，他不愿向联邦调查局和联邦检察官交代案情内幕，希望直接向法官坦白，以保证人身安全。[①]

1973年3月23日，西瑞卡法官开庭宣布案犯刑期。在法庭上，他首先宣读了麦克德的认罪信，引起旁听席上记者们的极大震动。接下来，西瑞卡法官特意问利迪：你还有什么要交代的吗？利迪极为强硬地回答：无话可说！结果，利迪竟被判处20年的最高刑期。[②] 退庭后，麦克德跟随西瑞卡法官来到国会水门案调查委员会，向主持调查的民主党参议员厄尔温坦白交代了他了解的全部内幕。

## （七）白宫律师“卖主求荣”

麦克德的坦白，是水门案的首次重大突破。在此之前，多数

① John J. Sirica, *To Set the Record Straight*, pp.96–97.

② 1977年，经卡特总统特别批准，利迪被减刑释放，实际刑期4年零6个月。在因水门事件入狱的20余名白宫幕僚之中，他是判刑最重、服刑时间最长的案犯。

民众对《华盛顿邮报》刊登的"侦探故事"半信半疑。没想到，案情内幕竟然得到初步证实。此后，邮报早上刚一出版，便被抢购一空。《纽约时报》等媒体也开始加入揭密行列，电视台则在黄金时段报道水门丑闻。可是，由于缺乏足够的证据，联邦法院一时无法立案起诉白宫幕僚。在此背景下，国会水门委员会决定举行听证会，传唤涉嫌白宫幕僚作证，深入调查水门事件真相。

可能有人会纳闷，美国国会并非法院，为何能多管闲事，插手调查涉及政府官员的案件，起到类似"特别调查法庭"的重要作用呢？原来，国会听证会是美国宪政体制中权力制衡的重要机制，它与因惯例而形成的国会调查权有直接关系。美国宪法并未明文规定国会拥有调查权，这一权力是从国会的立法权中引申出来的。因为只有通过详尽而彻底的调查和听证，才能使立法部门深入了解某一问题的真相，帮助国会议员更好地行使立法权。

国会进行调查和听证，一般由已有或特设的国会专门委员会主持。在国会中，大约三分之一的众议员和大约一半左右的参议员有律师或检察官背景，都是精通法律的专家。在听证期间，国会委员会可以像法院一样发出强制性传票（subpoena duces tecum）[①]，对那些无视传票的人，委员会可以以藐视国会的罪名将其关入监狱，或提交法院处理。在听证会上撒谎的证人，将会因伪证罪而遭到刑事起诉。这样，国会的调查权便成为立法部门监督行政部门的一项重要权力。20世纪50年代，众议院非美委员会曾以调查和听证为手段，大肆迫害所谓共产党同谋人。尼克松本人当年就是非美委员会中最活跃的议员。

对尼克松非常不利的是，在水门事件中，国会调查与党派斗争相互搅和，大大增加它的威摄力和杀伤力。尼克松执政后，民

---

① 法院强制要求涉案当事人或证人出示证据的命令。如果拒不执行这一命令，将会因藐视法庭罪而入狱。

主党在国会参众两院都处于多数派地位。1969年，尼克松向国会送交了40多件有关国内问题的重要提案，但只有两项得到国会通过。一气之下，他便采取拦截国会拨款的手段予以报复。[①]在此之前，尼克松下令秘密轰炸柬埔寨一事已使国会深感愤怒，拦截国会拨款的做法更是火上浇油，激怒了参众两院。在此背景下，1973年2月，参议院成立了民主党人占多数的水门案调查委员会，还尼克松以颜色。

面对即将开始的国会调查，尼克松和白宫幕僚们全慌了神。尼克松下令白宫律师迪安写一份水门事件备忘录，详细说明此案从早期构想、选定目标、具体实施、窃听失败，一直到白宫幕僚试图掩盖真相的全部经过，让总统全面了解真相。可是，尼克松催了迪安四、五次，他愣是一字不写。尼克松以为迪安工作太忙，难以脱身，就安排他去位于郊外的总统别墅戴维营住上一段，早点把备忘录写出来。没想到，这份水门事件备忘录，最终使迪安走上了“卖主求荣”的不归之路。

水门案发之时，迪安年仅34岁，如此年轻就出任白宫要职，让很多人惊羡不已。迪安出身富有家庭，毕业于乔治城大学法学院，举止沉稳干练，开一辆德国保时捷（Porsche）高级跑车，一副自命不凡的雅痞形像。迪安前妻的父亲是一位著名参议员，靠着这个背景，再加上出类拔萃的法律素养和非同一般的钻营本领，他28岁就当上了参议院司法委员会的法律顾问，后来又在米切尔手下干过司法部副部长助理。在一些重要人物的保举下，1970年迪安被尼克松委以白宫律师的要职。

---

① 所谓拦截国会拨款，是指总统利用批准国会拨款案的机会，将国会法案中自己不同意的部分予以否决，以此胁迫国会批准总统为实现行政部门意志而要求的拨款。详情参见王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京：北京大学出版社，2000年版，第531页。

但是，在白宫高级幕僚中，迪安不属于尼克松的铁杆儿心腹。他在白宫的主要工作，是在米切尔、霍尔德曼、埃立希曼、竞选班子和“管子工”之间协调工作，提供法律咨询。水门事件从早期构想、选定目标，一直到掩盖真相、教唆和指导白宫幕僚作伪证，都与迪安有直接关系。对于竞选班子和“管子工”内部违法乱纪的严重问题，迪安也一清二楚，心如明镜。可是，出于权势欲望和个人野心，迪安将法律置之度外，成为替各种非法行动出谋划策的重要人物。

然而，麦克德坦白交代后，水门案真相已浮出水面。霍尔德曼、埃立希曼和司法部长克兰典斯特（Richard Kleindienst）等尼克松亲信相继辞职。由于代表司法部出庭的联邦检察官在起诉利迪等水门案犯时出工不出活儿，在参议院压力下，1973 年 5 月，新任司法部长理查森（Elliot Richardson）任命哈佛大学法学院教授考克斯（Archibald Cox）出任特别检察官，并赋予他独立调查水门案的极大权力。这位教授不但是著名民主党人，而且还在肯尼迪内阁中干过司法部副部长（Solicitor General），党派色彩极为明显。迪安知道，面对考克斯的调查和起诉，自己身为白宫律师，知法犯法，罪责难逃。如果要写一份水门案备忘录的话，他本人毫无疑问是贯穿全案的主要人物之一。他担心，如果以白宫律师的身份写下此文，一旦事情闹大，尼克松有可能将备忘录抛出，证明总统事先一无所知，与水门案毫无瓜葛。而沦为“替罪羊”的倒霉蛋，头一个就是他迪安。

“极刑约翰”对“硬汉”利迪判刑如此之重，已使白宫幕僚人人自危。迪安深知自己涉案极深，难以自拔。但他极为精明狡猾，既不打算当“替罪羊”，也不想承担自己的那一部分责任。因为他本人毕竟只是一个出谋划策和协调行动的律师，并非拍板决策的主谋。与行伍出身、临危不惧的利迪不同，迪安是研习法律的知识精英，少年得志，一帆风顺，没经过“大风大浪”的考

验。另外，迪安也是有一定身份的人物，即使蹲上几天大狱，也意味着前程全毁的灭顶之灾。这样，大难临头之时，他决定"卖主求荣"，卖同僚求安，向水门委员会供出真相，用自己掌握的大量机密换取刑事豁免权。

1973年5月，通过讨价还价，迪安得到了水门委员会给予的部分豁免。委员会表示，究竟豁免到何种程度，要看他坦白交代是否彻底。于是，为立功赎罪，迪安不惜将内幕全盘抛出。6月中旬，在向全国电视直播的国会水门案听证会上，迪安不仅交代了白宫幕僚掩盖真相、销毁证据、向联邦调查局施压等非法行径，而且还主动供出"管子工"夜闯心理医生办公室、密谋绑架政敌、打算在布鲁金斯学会纵火、企图利用妓女勾引对手等胡作非为。此外，他还招出，尼克松拟定了一份政敌"黑名单"，名单中的多数人是民主党国会议员、新闻记者和政治漫画作者；白宫建立了秘密特工系统，非法利用联邦税务局的情报资料，以偷税漏税为罪名，调查和打击政敌以及自由派阵营的非盈利机构。这一系列骇人听闻的黑幕，使国会、新闻界和美国民众极度震惊。

更为致命的是，迪安供出，尼克松亲自参与了掩盖案情真相的犯罪活动。他的主要证据是，1973年3月21日，他曾向尼克松报告，为了使亨特等水门案犯继续保持沉默，今后两年至少还需要100万美元的"堵嘴钱"。可是，上哪儿能弄到这么一大笔钱呢？尽管白宫班子当时的年度预算高达7000万美元，但是，这笔经费的具体使用受到国会审计部门的严格审计和监督。将行政权和"钱袋权"相互分割，正是美国宪政体制设计的一个高明之处。

面对筹集"堵嘴钱"的难题，尼克松对迪安说："我的意思是，你可以搞到100万美元，你可以搞到这笔现金。我知道在哪

儿能搞到"。[1]尼克松和迪安商量的结果是，应去纽约找米切尔，尽快筹集这笔巨款。米切尔于1972年7月辞职后，回到纽约重操律师旧业。这样，仅此一事，就已构成尼克松妨碍司法的犯罪事实。如果说水门窃听案起初只是一个荒唐可笑、微不足道的三流政治案的话，那么，由于迪安的叛变和招供，它一不留神已演变为总统和白宫幕僚滥用权力、掩盖罪证、妨碍司法的重大刑事案件。

不过，迪安的招供虽然对尼克松伤害极大，但远未构成弹劾总统的致命危险。迪安毕竟空口无凭，仅凭他的一面之词就想弹劾堂堂美国总统，显然是不可能的事儿。另外，水门委员会当时没有查出其他涉及总统的人证或物证。因水门事件辞职或入狱的数十名政府高官和白宫幕僚中，只出了迪安这一个"叛徒"，其他人都忠心耿耿，没有直接指控尼克松违法乱纪。这样，在辨明迪安供词真伪之前，水门委员会不敢掉以轻心，轻举妄动。

这时，精明过人的迪安又向水门委员会交代，1973年4月15日晚上，当他在白宫椭圆形办公室面见总统时，尼克松那天问话的方式和言谈举止都非常古怪，使人感觉谈话过程正在被录音。[2]实际上，迪安并不知道白宫录音系统的秘密，他只是猜测总统可能偶尔将白宫办公室的谈话录音存档。然而，由于迪安提供的这一重要线索，水门事件终于发生了根本性转折。

---

① Kutler, Stanley I., ed., *Abuse of Power: The New Nixon Tapes*, New York: Free Press, 1997, p.254.

② John W. Dean. *Blind Ambition*, New York: Simon and Schuster, 1976, p.301.

## (八) 录音系统天机泄露

1973年7月13日是水门事件的转折点。是日，国会水门委员会传唤前白宫高级助理巴特菲尔德（Alexander Butterfield）作证，致使白宫录音系统天机泄露。

巴特菲尔德是退役空军中校，曾任霍尔德曼的高级助理，主持白宫内部日常运作和录音系统的管理。1973年3月，他出任联邦航空委员会主任。水门委员会传唤他来国会作证，纯属歪打正着。那天作证的主要目的，是想了解一下白宫幕僚的日常工作简况和一些与霍尔德曼有关的问题。当3个多小时的询问临近尾声时，律师想起迪安提供的线索，就随口问道："据你所知，迪安关于白宫办公室的谈话被录音的供词是否有根据?"[①] 这个问题其实并未直接涉及白宫录音系统，完全可以含糊其辞，蒙混过关，但巴特菲尔德却方寸大乱，误以为水门委员会已洞悉白宫内幕。在美国的司法体制中，向国会调查委员会作伪证是联邦重罪，所以他不敢撒谎，如实地供出了全部细节，暴露了白宫录音系统的惊人秘密。

原来，尼克松上台后不久，便下令在白宫椭圆形办公室、内阁会议室、行政办公大楼办公室和戴维营等处安装了由语音自动启发的录音系统。这套系统每天24小时运转，一旦有人讲话或打电话，录音机就开始自动录音。到1973年7月为止，一共录制了长达5000小时的工作谈话。换言之，白宫办公室的全部谈话都有录音。知道白宫存在录音系统的人，只有尼克松、霍尔德曼、巴特菲尔德和两位特勤警卫。这样，水门案一下子变得极为

---

① 引自 Sam J. Ervin, Jr., *The Whole True: The Watergate Conspiracy*, p.187.

简单，只要把白宫录音带拿出来，尼克松是否有罪的问题即可真相大白。

颇具嘲弄意味的是，1973年4月15晚上，因磁带告罄，尼克松与迪安之间的谈话并未被录下来。7月13日前夕，巴特菲尔德正准备出国执行公务，但因临时有事未能成行。另外，他当时已不在白宫工作，没听过白宫律师对全体白宫幕僚进行的一次应当如何技巧而合法地应付律师提问的法律咨询。在水门事件中，这种阴差阳错的偶然事件一再发生，最终铸成了尼克松辞职下台的无情命运。

那么，尼克松为啥要在白宫安装如此先进的录音系统、进行规模如此之大的录音工程呢？他在回忆录中解释说："从一开始我就决定，我的这届政府应成为历史上记录最全的政府"。尼克松视野宏大，深谋远虑，是一位精通历史和深具历史感的政治家。在尼克松之前，英国首相丘吉尔退休后，写作了卷佚浩繁的《第二次世界大战回忆录》，并获得诺贝尔文学奖。但是，从历史文献的珍贵性和完整性角度看，丘吉尔的大作并无杰出建树。尼克松精于思考，勤于笔耕，而且常常自比林肯总统，对自己的历史地位颇为自负。他觉得，通过录音的形式，可以把总统的决策过程客观地记录在案，留下无比珍贵的历史文献资料。尼克松坦言："我想以后在写书或者写回忆录的时候，可能要参考这些录音带。"[①]

可是，当白宫录音系统天机泄露后，尼克松为什么不立刻毁掉录音带呢？得知录音系统秘密后，厄尔温参议员、西瑞卡法官和考克斯特别检察官虽然喜出望外，但他们并未立刻发出强制性传票。迟至1973年7月23日，尼克松才第一次接到要他交出录音带的传票。所以，如果他能及时毁掉录音带，从严格的法律角

① 《尼克松回忆录》，中册，第175页。

度而言，他并未犯下销毁证据的罪行。这样，由于没有确凿证据证明总统妨碍司法，即使国会启动弹劾程序，尼克松仍然有极大的生存机会。1999年克林顿总统遭国会弹劾时，克林顿和他的律师自始至终在"性关系"一词的严格法律意义上大作文章，死活就是不承认犯了伪证罪，最后终于起死回生。

实际上，当白宫录音系统真相暴露之后，为了避免事态恶化，威胁到总统宝座，尼克松当时可以有上、中、下三种应对策略。

上策是，利用外交领域的空前成功和连任总统后民意支持率极高的良机，将水门事件的真相全盘托出，请求"沉默的大多数"支持和原谅。美国人的特点是吃软不吃硬，比较注重实际利益。只要国外的烂仗体面结束，国内经济保持增长，普通民众一般比较宽宏大量，容易原谅"主动认错"的总统。尼克松晚年谈到水门事件时，非常懊悔地说道："水门事件中让我后悔的事太多了。首先是我起初处理这个该死事件的方式。我跟它毫不相干，不应大动干戈。我应直接面对美国人民，告诉他们到底发生了什么事情。"① 如果有民意撑腰，而且罪行较轻，国会很难通过弹劾总统的动议。

中策是，在联邦法院发出传票之前，迅速毁掉录音带。这个损招儿具有一定的风险，因为这一行动本身已构成销毁证据、妨碍司法的罪名，有可能触发国会启动弹劾程序。但是，由于没有确凿证据，尼克松极有可能逃过此劫，避免辞职下台的悲剧。尼克松晚年的助手莫尼卡·克罗利透露："回顾当初，尼克松希望自己毁掉那些录音带，让调查水门事件的人自己去找证据。没有了录音带，他们只能根据传闻提出间接证据；没有了录音带，他们只能暗示存在妨碍司法的行为，但可能无法证明；没有了录音

---

① ［美］莫尼卡·克罗利：《冬天里的尼克松》，第406页。

带，尼克松在这个案子上可以有更多的主动权。”[1]

下策是，以总统行政特权为由，拒绝交出录音带，不惜把官司打到联邦最高法院。这显然是个孤注一掷的策略，成则为王，败则为寇，大起大落，风险极大。令人难以置信的是，尼克松不顾阿格纽、基辛格、新任白宫办公厅主任黑格（Alexander Haig）等人的反对，最终决定铤而走险，与国会、联邦法院和特别检察官周旋到底。这个决策看似鲁莽，但却与尼克松敢于冒险、不惧危机的个性一脉相承。伍德沃德认为，白宫录音带“是一系列事件中不可思议的结果，是我们的幸运，是尼克松的恶运。错误的决策，错误的转向，都在一根脆弱的线头引导下导致案情真相被揭露。而这根脆弱的线头，原本可以剪成千片万段，永久消失。”[2]水门事件尘埃落定后，格雷厄姆女士感慨万千，她说：“天知道尼克松为什么没有毁掉白宫录音带？他似乎认为这些录音磁带具有保留价值，而且他有能力守住其中的隐私”。[3]

那么，尼克松为何力排众议，独出心裁，毅然决定保留犯罪证据呢？回首往事，他的致命决策主要基于以下几点原因和考虑。

首先，尼克松坚信，三权分立的宪政原则必须坚持，总统的行政特权不容侵犯。美国宪法第二条第一款规定，行政权属于美利坚合众国总统。作为政府行政首脑，总统与自己的亲信幕僚在决策过程中，信口开河，胡言乱语，构想多种方案和策略，甚至提出一些荒谬绝伦的预案，都是工作需要。另外，总统与亲信之间的谈话涉及内政外交、国防军事等方面的机密，如果司法和立法部门随意传唤、审听这种高度机密的非正式谈话录音，并根据

① 〔美〕莫尼卡·克罗利：《冬天里的尼克松》，第414—415页。

② 转引自 Katharine Graham, *Personal History*, p.489.

③ Katharine Graham, *Personal History*, p.489.

其中的只言片语起诉总统及其幕僚，那简直是荒唐之极、不可思议。在美国宪政史上，杰弗逊、林肯、罗斯福、杜鲁门等10余位总统都曾以总统行政特权为理由，坚决拒绝国会调查白宫决策内幕。①

其次，尼克松觉得，最高法院的人事构成对自己比较有利。以任命大法官的机会而言，在二战后的美国总统中，卡特(Jimmy Carter)总统最倒霉，一次机会也没赶上。而尼克松特别幸运，他在三年中碰上了四次机会，先后任命伯格（Warren E. Burger，1969—1986任首席大法官）、布莱克门（Harry A. Blackmun，1970—1994任职）、鲍威尔（Lewis F. Powell，Jr.，1972—1987任职）和伦奎斯特（William H. Rehnquist，1972—1986任大法官，1986至今任首席大法官）等四位保守人物出任要职。有人开玩笑说，尼克松执政时的美国最高法院不应按惯例称为"伯格法院"，而应该叫"尼克松法院"。尼克松过于乐观地估计，在保守派法官构成多数派的局面下，自己胜诉的机会较大。

再次，尼克松当时认为，当白宫幕僚为了自保而反咬总统时，录音带可以起到某种保护作用。比如，尼克松的确与迪安有过一次关于"100万美元现金"的密谈（1973年3月21日），但是，迪安并未说出全部真相。实际上，那天谈话快结束时，由于迪安警告妨碍司法的严重后果，尼克松表示："我们不能这么干…我是说白宫方面不能这么干。"② 所以，当黑格劝告总统尽快毁掉录音带时，尼克松解释说："迪安扯谎，磁带证明了他的谎言。我们不知道，究竟有谁还会为自保而撒谎。天知道埃立希曼，甚

① 参见 Mark E. Dudley, *United States v. Nixon (1974): Presidential Powers*, 21 Century Books, 1994, pp.39-40.

② Kutler, Stanley I., ed., *Abuse of Power: The New Nixon Tapes*, p.257.

至霍尔德曼会招出些什么。录音磁带是我对付伪证的最佳保险。"①

最后，白宫录音带具有难以估量的历史文献价值。如果能够合法地保留下来，尼克松有可能根据珍贵而详实的录音记录，把自己极具传记色彩的一生及其白宫经历写成一部名垂千古的传世名作。②

这样，在做出保留白宫录音带的致命决策后，尼克松与特别检察官、国会和联邦法院展开了一场惊心动魄、影响深远的司法大战。

## (九) "星期六之夜大屠杀"

1973 年 7 月 23 日，特别检察官考克斯和国会水门委员会同时发出传票，要求总统交出 9 盘录音带，其中包括 1973 年 3 月 21 日 "100 万美元现金" 谈话和 4 月 15 日晚上谈话的录音。在美国宪政史上，这是总统首次接到这种要求出示证据的强制性命

---

① Alexander M. Haig, Jr., *Inner Circles: How America Changed the World*, New York: Warner Books, Inc., 1992, p.379.

② 事与愿违，1978 年出版的《尼克松回忆录》平淡无奇。水门事件后，根据国会法案，联邦司法部将白宫录音带和尼克松的总统文件置于严密控制之下，尼克松只能看到录音带中涉及水门案部分的文字副本。经过长达 20 余年的艰难诉讼，2000 年 6 月，联邦政府与尼克松遗产基金会达成庭外和解，政府同意付 1800 万美元换取录音带和文件的控制权。其中律师费 740 万美元，遗产税近 400 万美元，捐给尼克松总统图书馆 600 多万美元。尼克松的两个女儿每人只得到 8 万多美元遗产。根据美国国家档案馆的计划，在删除隐私和机密后，大约 3700 小时的录音将逐步公开。目前已公开 1000 余小时，可以免费复制。有朝一日，如果涉及中国领导人和中美关系的秘密谈话能够公开，其内容一定相当精彩。

令。尼克松启用总统行政特权，声称谈话录音中有外交和军事机密，拒绝交出磁带。同年8月29日，西瑞卡法官判定，特别检察官索取磁带的要求合法，下令总统交出录音带，但尼克松置若罔闻。考克斯别无选择，将此案上诉到联邦上诉法院。

正当录音带官司日趋激烈之时，国际形势突然恶化。1973年10月6日，埃及军队强渡苏伊士运河，向以色列发起突然袭击。叙利亚军队也趁机参战，使以色列陷入了腹背受敌的不利处境。短短一周之内，以色列苦心经营的“巴列夫防线”被埃军突破，以军最精锐的空军和装甲部队损失过半，王牌军第190装甲旅全军覆灭。以色列举国震撼，总理梅厄夫人在电话中向尼克松哭诉危情，恳请美国大老板火速增援。

尼克松当机立断，下令以超出50年代“柏林空运”的规模，向以色列空运最先进的飞机、坦克和导弹。与此同时，大批美军“志愿人员”秘密赶赴以色列，操纵刚刚卸货的现代化武器直接奔赴前线，迅速扭转了阿以战争危局。同年10月19日，为了报复美国对以色列的支持，阿拉伯国家控制下的国际石油输出国组织（欧佩克）宣布，对美国和西欧实行石油禁运，并把中东油价提高了三倍。

更为严重的是，美国的间谍卫星发现，苏联红军五个空降旅正在向中东地区调动，似乎有以“志愿军”的名义武装干涉中东战争的迹象。尼克松立刻命令全球美军和战略核武器部队进入一级战斗准备，摆出不惜打核大战的架式，坚决反击苏联染指中东战略要地的军事冒险。面对美国的强硬反应，苏方只得知难而退。苏联领导人原以为，尼克松只会玩点儿“大三角关系”和“缓和”之类的诡计花招，又被水门事件整得焦头烂额，无暇关顾中东地区的战乱。没料想，尼克松在外交和军事领域反应如此之快，态度如此之强硬。

但是，在美国国内，政府官员腐败和录音带官司仍然是压倒

一切的头条新闻。因被指控在马里兰州州长任内接受贿赂，副总统阿格纽遭到联邦司法部调查。这对尼克松来说是雪上加霜。由于面临总统和副总统被“双重弹劾”的危险，10月10日，阿格纽被迫宣布辞职。10月12日，联邦上诉法院就录音带案作出裁定，支持联邦地方法院的判决。这时，尼克松提出了一个妥协条件，他表示，由于录音带内容涉及外交和国防机密，所以只能交出经过剪辑和整理的文字副本。至于文字副本的准确性问题，可以由参议院军事委员会主席史坦尼斯（John Stannis）审听把关。这位参议员是民主党人，但却支持尼克松的越战政策，更难得的是，此公品德高尚，信誉极佳，是一位两党都可以接受的中间派人物。除此之外，尼克松表示，今后不打算再交出任何磁带了。这场官司闹得天昏地暗，已使总统职责和联邦政府的正常运作遭到严重影响。但是，这个妥协条件遭到特别检察官严辞拒绝。

尼克松之所以不愿交出整盘录音磁带，自有其难言苦衷。在与亲信交谈时，他随意放肆，信口开河，说了很多一旦公之于众，将对总统形象造成无法挽回影响的粗话。比如，1971年7月1日，因“五角大楼文件泄密案”败诉，尼克松痛骂大法官斯图沃特是“病弱的私生子”（a weak bastard），污蔑格雷厄姆女士是“可怕的老妓女”（a terrible old bag）。[①] 又如，1972年6月23日，霍尔德曼向总统报告，意大利货币里拉最近大幅度贬值。尼克松信口回答：“里拉是臭屎，别跟我提里拉。”[②] 其实，尼克松对意大利并无偏见。从对话上下文的语境来看，尼克松那天被水

---

① 引自 George Lardner Jr. & Michael Dobbs: “New Nixon Tapes are Released Depth of President's Anti - Semitism Detailed”, *The Washington Post*, October 6, 1999.

② 尼克松原话为：“I don't give a shit to Lira”，引自 H.R. Haldeman, *The Ends of Power*, New York: Times Books, 1978, p.41.

门案弄得心烦意乱，不想再听其他消息了，所以随口骂了一句粗话。可是，如果脱离当时的具体环境，将这段录音对话公之于众，断章取意，那简直就会闹出一场外交纠纷。

但是，考克斯坚持原则，寸步不让，他不但要求尼克松交出整盘录音带，而且将调查扩大到总统申报个人所得税时"不正当免税"的经济问题，这使尼克松恼羞成怒。在中东要地战火连天，美苏两国剑拔弩张，石油危机空前严重的背景下，1973年10月20日，尼克松命令司法部长理查森立刻解雇"不识大局"的考克斯。但理查森不愿从命，请求辞职。尼克松劝告理查森晚几天辞职，因为基辛格此时正在克里姆林宫折冲尊俎，不能让苏联领导人看笑话。但理查森愣是不同意。尼克松生气地说："你这是坚持把个人承诺置于公众利益之上。"理查森反唇相讥："我只能说，我相信我的辞职符合公众利益。"[①] 尼克松火冒三丈，他转而命令司法部副部长洛克肖斯（William Ruckelshaus）解雇考克斯，可是，这位副部长同样不肯干。尼克松气急败坏，又下令司法部第三号人物博克（Robert Bork）解雇考克斯。博克犹豫再三，最后勉强同意。于是，白宫宣布解除理查森和洛克肖斯的职务，任命博克出任司法部代理部长。博克随即签署命令，让特别检察官考克斯立刻卷铺盖走人。白宫办公厅主任黑格将军以保密为由，命令联邦调查局迅速查封特别检察官办公室，扣押全部调查文件。消息公布之时，恰好是10月20日星期六晚上。新闻媒体毫不客气，立刻抢发新闻，并使用了"星期六之夜大屠杀"这样耸人听闻的大标题。

尼克松一向雄才大略，胆识过人，素以不按规则出牌而著称。在"星期六之夜大屠杀"中，他投机冒险，胆大妄为，企图

---

① Fred Emery, Watergate: *The Corruption of American Politics and the Fall of Richard Nixon*, New York: Times Books, 1994, p.398.

利用中东战乱、石油危机、民心慌惶、美苏军事冲突一触即发之机，撵走特别检察官，造成既成事实，争取得到“沉默的大多数”支持和谅解，一劳永逸地解决水门危机。这一莽撞之举，暴露出尼克松敢于冒险的性格和孤注一掷的赌徒心理。历史证明，尼克松这回大大地失算了。西瑞卡法官表示，查封特别检察官办公室之举，“看上去仿佛是拉丁美洲国家的上校们上演的一场军事政变闹剧。”[①]理查森惊呼：“一个法治政府已经濒临沦为寡头独裁政府。”[②]

针对尼克松的冒险，新闻媒体口诛笔伐，国会两院怒不可遏，全美民众群情激愤。据粗略统计，总数多达300万左右的电报、电话和信件如洪水般涌至白宫和国会，强烈谴责尼克松的胡作非为，要求国会立即启动宪法程序，弹劾无法无天的“帝王总统”。这样，水门事件从最初的一桩“屁事”，终于演变为一场震撼全国的宪政危机。尼克松判断失误，大动干戈，弄巧成拙，民心丧尽，四面楚歌，丧失了争取美国人民同情原谅的回旋余地。此后，即使他承认错误或毁掉录音带，亦将难逃被弹劾的最终命运。

在引发“星期六之夜大屠杀”的辞职风波中，为什么司法部长理查森宁肯辞职丢官，也不肯解雇特别检察官呢？换句话说，美国的政府官员为什么会有如此坚强的原则性和良好的法治观念？

实际上，理查森的所作所为，与美国宪政体制中的制衡和监督机制有直接关系。美国政府行政部门的重要官员，虽然由总统

---

① John J. Sirica, *To Set the Record Straight*, p.168.

② Elliot L. Richardson, *Creative Balance: Government, Politics and the Individual in America's Third Century*, New York: Holt, Rinehart and Winston, 1976, p.47.

提名，但必须经过参议院批准。在审批过程中，参议院可以要求被提名的官员作出某种承诺，作为批准任命的前提条件。这样，国会在相当程度上控制了行政官员的人事任命权。政府高官若想官运亨通，不仅要听命于总统，同时也要看国会的眼色行事。

说起来，理查森也算是尼克松的老朋友、老部下，他毕业于哈佛大学法学院，曾在尼克松第一届内阁中担任副国务卿和国防部长等要职。1973年4月，司法部长克兰典斯特因水门案被迫辞职，尼克松便提名理查森接替。在国会举行的任命听证会上，参议院司法委员会特意要求理查森承诺，保证不非法干涉特别检察官的决定和行动。他当时信誓旦旦，满口答应。参议院遂批准任命。这样，如果理查森言而无信，随意撤换特别检察官，将可能对他的个人信誉和未来政治生涯造成极为恶劣的影响。

水门案后，福特总统于1975年重新启用理查森，他先后出任商务部长和驻英大使等要职，声望极高，青史留名。相形之下，1987年，里根总统提名当时任联邦上诉法院法官的鲍克出任联邦最高法院大法官，结果遭到参议院无情否决。其中原因之一，是他在“星期六之夜大屠杀”事件中扮演的不光彩角色。因执行尼克松的荒唐命令，鲍克付出了极为惨重的政治代价。要求政府官员坚持原则固然非常重要，但是，只有制度性的监督和保障，使耿直守法之士善终，令趋炎附势之徒失意，才能真正在各级官吏中形成坚持原则、奉公守法的操守和风气。

## （十）司法审查的经典杰作

“星期六之夜大屠杀”后，惊对全美各界的强烈反应，面临国会打算通过特别法案、让考克斯官复原职的威胁，1973年11月1日，尼克松被迫同意任命得克萨斯州著名律师贾沃斯基（Leon Jaworski）出任特别检察官。他是军法官出身，曾任民主党

总统约翰逊的法律顾问。

贾沃斯基开始调查后，尼克松被迫交出了 9 盘磁带之中的 7 盘（有两盘因故障或磁带告罄未被录制），但其中一盘却有 18 分钟空白。尼克松的女秘书玛丽·伍兹声称，空白系她操作录音机时失误造成。贾沃斯基审听磁带后发现，总统卷入了一系列掩盖水门案真相的犯罪活动，但严重程度一时尚无法判定。比如，在“100 万美元现金”谈话中，尼克松的确说：“我们不能这么干…我是说白宫方面不能这么干。”而且，谈话两天后，由于麦克德坦白交代，迪安不得不放弃了这个计划。这样，尽管水门案犯曾收到 40 万美元的“堵嘴钱”，但与这次密谋没有直接关系。换言之，尼克松只是“密谋妨碍司法”或“妨碍司法未遂”，并未犯下妨碍司法的实际罪行。同样，当谈到证据法在国会和大陪审团听证时的适用性有所不同时，尼克松曾对霍尔德曼说：“死活也要确信，你一口咬定，我记不清了，我回忆不起来了”。[①] 从严格的法律角度看，尼克松当时只是在谈作伪证的技巧，并未具体地教唆如何作伪证。因此，仅凭已有的录音带副本，尚不足以证明总统罪行的严重程度。

为了深入调查，贾沃斯基要求尼克松交出更多的录音带。与此同时，众议院司法委员会开始举行弹劾听证会，下令总统交出 42 盘磁带。颇具讽刺意味的是，未来的美国第一夫人希拉里·克林顿（Hillary R. Clinton）恰好也是司法委员会精心挑选出的百名精英律师之一，参予起草和制订弹劾总统程序的工作。面对压力，尼克松只交出了经过剪辑的 42 盘磁带的文字副本。1974 年 3 月，联邦地区法院大陪审团作出判决，立案起诉涉及 7 名白宫

① 引自 Leon Jaworski, *The Right and the Power: The Prosecution of Watergate*, New York: Reader's Digest Press, 1976, p.48.

高级幕僚的美国诉米切尔案（United States v. Mitchell et. al.）案，[①] 并把尼克松定为此案中“不受起诉的同谋者”（an unindicted co – conspirator）。之所以没直接起诉尼克松，一是因证据不够充足；二是觉得起诉总统的时机尚不成熟。根据美国宪法，当总统犯有重罪或轻罪时，只有众议院有权决定弹劾，其角色相当于检察院；只有参议院有权审理弹劾案，其角色相当于陪审团。特别检察官当时认为，只有当尼克松被弹劾之后，法院才能以刑事罪立案起诉总统。

1974年4月18日，西瑞卡法官向尼克松发出传票，要求他再交出64盘录音带，其中包括1972年6月23日的谈话录音，以便在美国诉米切尔案中对白宫幕僚进行刑事审判。此举不仅可能将尼克松置于死地，而且会把他的心腹幕僚全部打人大狱。尼克松大怒，他再次启用总统行政特权，不但不交出录音带，而且连文字副本也拒绝提供。这场录音带官司愈演愈烈、日趋失控，使尼克松政府在内政和外交领域皆处于半瘫痪状态，很多重要的外交谈判和承诺被迫无限期推迟。

5月24日，贾沃斯基越过联邦上诉法院，直接向联邦最高法院上诉，希望大法官一锤定音，尽早结束这场久拖不决、举国遭罪的宪政危机。在此特殊情况下，最高法院打破常规，同意直接审理特别检察官的上诉。这个案子史称“美国诉尼克松案”。在美国宪政史上，这种越过联邦上诉法院，由联邦最高法院直接审理的案件，在尼克松案之前只有6例。

1974年7月8日，法庭破例在休庭期开始辩论尼克松案。尼

---

① 美国司法制度中的大陪审团通常由23人组成，他们不负责裁定被告是否有罪，或被告触犯了哪些法律。大陪审团的主要责任是负责案情的前期调查，传唤与案件有关的人证和物证，决定对一些有争议的重大案件是否应当立案起诉。

克松的律师克莱尔（James D. St. Clair）声称，特别检察官是由行政部门任命的官员，他与总统之间的争执属于一种"部门内部争执"（intra - branch dispute），这是一种上下级之间的政治关系，具有"不可司法性"，不应在联邦最高法院对簿公堂。另外，总统拥有宪法所赋予的重大职责和保密的行政特权，由于法院要求交出的录音磁带涉及行政部门的外交和军事机密，因此，尼克松总统对这些磁带拥有合法的保密特权。

正当克莱尔律师雄辩滔滔，侃得天花乱坠之时，鲍威尔大法官冷不丁问道："如果录音谈话与刑事阴谋罪有关，要求保密的行政特权究竟符合哪些公众利益?"克莱尔机智而镇静地诡辩道："刑事阴谋罪只有当被证实是刑事犯罪之后才是刑事阴谋罪。"[①] 照此怪圈逻辑，即使谈话录音涉及刑事阴谋罪，但由于总统行政特权的保护，所以法院无权发出传票；由于法院无法审听录音谈话是否涉及刑事阴谋罪，所以录音磁带永远受到行政特权保护。这样一来，民选总统实质上成为凌驾于宪法和法律之上的"专制帝王"。

贾沃斯基针锋相对地指出，此案涉及司法部门传唤和审查证据之权与总统行政特权之间的关系，这是一个法律问题。联邦刑事程序法规定，法院可以就任何问题、向任何人发出要求交出证据的传票。毫无疑问、总统拥有宪法所赋予的职责，享有保密的行政特权，但是，这种行政特权是否具有绝对性呢？美国宪法极为简洁，在总统行政特权问题上语焉不详。据此，贾沃斯基强调："此案提出了一个真正的宪法问题，即究竟谁是解释宪法含义的仲裁人?"，"……如果现任总统或任何一位总统声称，宪法的含义是由总统说了算，那么这个国家的立宪政府体制就会处于

---

① 引自 Bob Woodward and Scott Armstrong, *The Brethren: Inside the Supreme Court*, New York: Simon and Schuster, 1979, p.307.

严重的危险之中。”①

美国诉尼克松一案，给美国最高法院出了个大难题。此案不仅涉及总统行政特权、国会调查权和法院传唤证据权之间的关系，而且事关民选总统是否可能被弹劾，这些显然都是极度错综复杂的政治问题，而非简单明了的法律问题。在讨论是否应当受理此案时，首席大法官伯格起初认为，尼克松案判决只会影响美国诉米切尔案的呈庭证据，不具有紧迫和危急特点，应打回到联邦上诉法院，不能让下级法院养成动辄越级上诉的毛病。另外，在伯格主持起草的判决书的初稿中，他仍然倾向于总统应当在外交和军事领域享有保密的行政特权，② 显然，这是为尼克松剪辑和整理录音带文字副本留下余地。伯格是尼克松千挑万选、反复斟酌之后提名任命的保守派法官，与尼克松私交很好。出任首席大法官后，他仍然时常赴白宫与总统共进晚餐。

7月9日，即法庭辩论结束次日，布伦南和道格拉斯（William O. Douglas，1939－1975任职）大法官先后来到乔治城大学医院，看望退休后因病住院的沃伦大法官。尼克松对“沃伦法院”的一些著名判决非常不满，他以重建“法律与秩序”（Law and Order）的口号当选总统后，对沃伦极为冷淡。当沃伦患病需要住院时，尼克松利用总统兼美军总司令的权力，阻挠沃伦住进全美医疗设施和环境最佳的海军总医院，气得沃伦老泪纵横。当天下午，听了老友对尼克松案的概述后，沃伦对道格拉斯说：“如果尼克松逃脱此劫，那就等于是尼克松任意立法，而不是国会和法院立法”。沃伦鼓励老友：“如果你对判决书有任何不满，

---

① Leon Jaworski, *The Right and the Power: The Prosecution of Watergate*, p.194.

② Bernard Schwartz, *Decision: How the Supreme Court Decides Cases*, New York: Oxford University Press, 1996, pp. 146－147.

照直说出来。保守派对你心存畏惧，因为你是良知。”[①] 当天深夜，由于过度激动，沃伦大法官心脏病发作不幸去世。

布伦南和道格拉斯是昔日“沃伦法院”中的两员大将，在美国诉尼克松案中，他们又一次发挥了中流砥柱的作用。在讨论和起草判决书过程中，伯格曾提出，法院发出强制性传票时，对普通公民和总统应有所区别。但道格拉斯对此观点予以坚决抵制。布伦南则告诫伯格，尼克松案的判决涉及现职总统，最高法院一定要统一口径、步调一致。他建议，应当像1958年著名的库波诉阿隆案（Cooper v. Aaron, 1958）判决那样，由九位大法官共同签署一个意见一致、措辞强硬的法院判决书。[②] 言外之意，如果大法官们步调混乱，阵脚不稳，尼克松有可能像南北战争时期的林肯总统那样，对联邦最高法院的判决置之不理。[③]

布伦南大法官的告诫绝非无中生有、危言耸听。因为尼克松本人曾扬言，他只遵循和执行联邦最高法院“明确的判决”(definitive decision)。在一次记者招待会上，哥伦比亚广播公司(CBS) 著名记者拉瑟（Dan Rather）质问尼克松：“林肯说过，任何人都不能凌驾于法律之上。凭什么你感觉自己与林肯不同？”尼克松精通历史，反应敏捷，他毫不客气地反击：“林肯总统在南北战争时期中止了人身保护令状特权。”[④] 这个答复把后来成为

---

① William O. Douglas, *The Court Years: 1939 – 1975: The Autobiography of William O. Douglas*, New York: Random House, 1980, p.238.

② Bernard Schwartz, *Decision: How the Supreme Court Decides Cases*, p. 145.

③ 南北战争初期，林肯不仅未经国会授权便宣布国家进入紧急状态，中止人身保护令状特权，把平民交付军事法庭审判，而且对联邦最高法院的“违宪”判决置若罔闻。参见本书第9章：总统大还是最高法院大？

④ Elizabeth Drew, *Washington Journal: The Events of 1973 – 1974*, New York: Random House, 1975, p.5.

CBS电视台新闻主播的拉瑟噎得哑口无言。

在美国的宪政体制中，大法官虽然经总统提名任命，但由于司法公开和新闻监督的制约，没有哪一位大法官愿意在宪政史上留下“总统狐朋狗友”的千秋恶名。杜鲁门总统曾深有感触地说：“无论何时你把一个人放到最高法院，他就不再是你的朋友了。”[①] 在此背景下，宪政法治原则终于压倒了党派利益和私人交情，伯格大法官最终决定，服从全局利益，按统一步调集体行动。尼克松案的判决书名义上由伯格一人执笔和署名，但实际上，布伦南等其他七位法官都具体参予了判决书各个部分的撰写。这个影响重大的判决书，是美国最高法院历史上非常罕见的一次“集体创作”。由于利益冲突，伦奎斯特大法官主动提出回避。因为在出任大法官之前，他曾是尼克松政府第一届内阁中的助理司法部长，与尼克松的心腹、前司法部长米切尔和总统国内事务助理埃立希曼关系密切。而这两位人物都是美国诉米切尔案中的被告。

1974年7月24日，最高法院以8对0票作出了支持地方法院的判决。在判决书中，伯格大法官两次提到马歇尔大法官在马伯里诉麦迪逊案（Marbury v. Madison, 1803）中的经典名言：“断定什么是法律显然是司法部门的职权和责任”。针对“不可司法性”问题，判决书指出：在一个悬而未决的刑事案中，特别检察官声称有必要获得被传票的资料，总统反对交出资料并以行政特权与之抗衡，这种“部门内部争执”实质上起因于联邦刑事程序。因此，此案属于传统的“可交法院审判的”（justifiable）案例。针对总统行政特权问题，判决书裁决：“宪法没有明确提及任何有关保密的行政特权；但在保密利益与总统有效地履行职权

① Harry Truman, "Lecture at Columbia University", *New York Herald Tribune*, April 29, 1959.

相关的范围内，这种特权具有宪法基础”。但是，这种行政特权并不是绝对和无限制的，“当刑事审判需要使用受到传票的资料时，仅仅基于保密的笼统利益而宣称的行政特权，不能超越刑事司法中正当法律程序的基本要求。”[1] 因此，尼克松总统必须交出录音磁带。但判决书同时也强调，法院必须对总统谈话录音中所涉及的国家机密予以特别保护。

裁决公布后，尼克松对 8 对 0 票的表决深感惊讶，但他宣布完全服从这一“明确的判决”，并交出了 1972 年 6 月 23 日谈话录音的文字副本。这次谈话发生在水门案事发 5 天之后，那天上午，哈里德曼对尼克松说，根据迪安的主意和米切尔的建议，应当让中央情报局给联邦调查局代理局长格雷打个电话，让他们停止调查，因为水门案犯麦克德和亨特都有中央情报局背景。中央情报局和联邦调查局之间曾有一个秘密协定，互不干预对方的行动。尼克松当时表示：“……中央情报局应当给联邦调查局打个电话，就说白宫方面希望，为了国家利益，不要进一步深入调查水门案了”。[2] 结果，这个谈话录音成为尼克松妨碍司法的“确凿证据”（smoking gun）。7 月 24—7 月 30 日，众议院司法委员会先后通过了弹劾总统的三条动议，第一，妨碍司法；第二，滥用权力；第三，无视国会传票。根据宪法，弹劾之权属于国会参众两院，首先由众议院半数以上通过弹劾决定，经参议院三分之二多数表决通过后才能定罪。一旦定罪，遭弹劾者立即削职贬为平民，改由普通法院进行审查和判决。通过动议之前，因缺乏“确凿证据”，尼克松在参议院的支持者仍然在三分之一以上。可是，当最高法院裁决下达和最新谈话录音公布之后，尼克松顿时沦为“老鼠过街，人人喊打”。现在已不是他是否下台，而是何时和以

---

① *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683, 711, 713 (1974).

② Kutler, Stanley I., ed., *Abuse of Power: The New Nixon Tapes*, p.69.

何种方式下台的问题了。

面对前所未有的危机，尼克松仍然不肯辞职，一度打算对抗到底。主要原因是，尼克松认为，所谓"确凿证据"谈话的严重程度和犯罪性质尚存在争议。1972年6月23日，接到白宫幕僚的电话指示之后，因国会制衡和媒体监督，中央情报局和联邦调查局担心惹事生非，引火烧身，所以并未遵照白宫方面的命令行事。另外，"确凿证据"谈话半个月之后，7月6日，针对格雷的担心和疑虑，尼克松本人曾给他打过电话，总统明确指示："继续进行全力调查。"① 因此，尼克松自信，这个"确凿证据"谈话仍然属于"妨碍司法未遂"，尽管错误严重，但尚未严重到被弹劾的程度。所以，仍然可以负隅顽抗，背水一战。不到弹尽粮绝、走投无路之时，决不轻言失败。

据黑格回忆录记载，8月2日，尼克松对黑格扬言："让他们弹劾我吧，我们将战至穷途末路"②。无独有偶，根据基辛格的回忆，当天黑格曾对他说："尼克松固执己见、不肯辞职(digging in his heels)，或许需要调遣第82空降师护卫白宫，保护总统。"基辛格回答："这是胡闹，总统在刺刀包围的白宫里是无法行使职责的。"③ 黑格表示完全同意。应当指出的是，在美国的宪政体制中，黑格作为白宫办公厅主任，根本没有调兵遣将之权。美军参谋长联席会议主席也只是总统的军事顾问，同样不具备调兵"进京勤王"的权力。真正握有军权的是总统本人。但军队效忠的对象是国家和宪法，而不是总统个人。

---

① Kutler, Stanley I., ed., *Abuse of Power: The New Nixon Tapes*, p.69.

② 尼克松原话为："We'll fight it out to the end". 引自 Alexander M. Haig, Jr., *Inner Circles: How America Changed the World*, p.487.

③ Henry Kissinger, *Years of Upheaval*, Boston: Little, Brown and Company, 1982, p.1199.

有一种比较普遍的说法是，在水门危机的最后关头，因参议院审理弹劾案可能长达数月，为了使国家利益免遭弹劾案的伤害，为了维护宪法和个人尊严，尼克松主动提出辞职。但是，厄尔温参议员对此说法表示异议。据他透露，8月7日晚上，参议院共和党领袖斯科特（Hugh Scott）、众议院共和党领袖罗兹（John J，Rhodes）、1964年共和党总统候选人戈德华特（Barry Goldwater）参议员一行三人来到白宫向总统摊牌，他们明确表示，国会两院支持总统的票数最多只有15票。[①] 换言之，如果尼克松硬抗到底，一旦弹劾罪名成立，将可能面临灭顶之灾。这样，由于共和党三巨头“逼宫劝退”，尼克松最终放弃了苦斗到底的决心。

1974年8月9日，在众议院表决弹劾案前夕，尼克松正式宣布辞职。副总统福特就任总统后，宣布赦免尼克松的所有刑事责任。在人类历史的长河中，“舍得一身剐，敢把皇帝拉下马”的事件并不希罕，为争夺帝位王权而导致天下大乱、血流成河的宫廷政变更是多如牛毛。可是，像水门事件这样，不费一枪一弹，未损一兵一卒，联邦法院、国会、特别检察官、大陪审团和新闻媒体协调行动，通过宪法程序解决危机，和平地把“帝王总统”赶下宝座，成功地避免了政治动荡和天下大乱，堪称世界政治制度史上的奇迹。

在水门事件中，美国最高法院打破常规、果断出手、步调统一、一锤定音，以司法审查的形式化解了一场空前严重的宪法危机，这一判决是司法能动主义大胆而成功的经典杰作。美国学者布拉西赞扬道：“千百年之后，如果美利坚合众国还存在，当有人要求拥护司法审查的人举出实例，证明法官们的裁决时常会有

① Sam J. Ervin, Jr., *The Whole True*: *The Watergate Conspiracy*, pp.292－293.

利于民主时，他们最先举出的案例就将是美国诉尼克松案”。[1]

## （十一）水门事件的政治遗产

美国学者格林斯登指出，水门事件之后，美国总统面临的是一种难以驾驭的政治环境，包括权力意识觉醒的国会，软弱无力的政党系统，攻击性极强而且积极挖掘坏消息的媒体，以及难以指挥的行政官僚系统。[2] 尽管总统仍然在宪政体制中处于主导地位，但总统和白宫幕僚的权势和地位遭到极大削弱。

1973年11月，美国国会通过了《战争权力法》，限制总统的战争权。[3] 1974年，国会通过了《预算和拦截控制法》，限制总统重组行政部门和拦截国会拨款的权力。1978年，国会通过了《政府部门道德准则法》，建立特别检察官制度，授权特别检察官在不受总统控制的前提下，对行政部门官员的违法行为进行彻底调查。

在国际舞台上，受水门事件和尼克松下台影响，中美建交日程被迫推迟，而北越则成为水门事件的最佳受益者。1975年，

---

① Vincent Blasi, "The Rootless Activism of the Burger Court" in *The Burger Court: The Counter - Revolution That Wasn't*, edited by Vincent Blasi, New Haven and London: Yale University Press, 1983, p.201.

② Fred I. Greenstein, "Change and Continuity in the Modern Presidency" in *The New American Political System*, edited by Anthony King, Washington D.C.: American Enterprise Institute, 1978, p.65.

③ 该法案规定，在国会未宣战或授权的情况下，总统只能在四种情况下使用武装力量：（一）当美国领土和军队遭到攻击时；（二）需要保护驻扎在海外的美军；（三）需要保护海外美国公民；（四）履行具体的军事条约义务。另外，一旦动武，总统应在48小时内向国会报告。如果国会不宣战，总统用兵的权限只有60天。但必要时可以再延长30天。

当北越向南越发动进攻时，在水门事件阴影笼罩下，福特总统优柔寡断，未能及时履行巴黎停战协定中支持南越政权的承诺，致使美国在越南的军事卷入最终以惨败收场。福特和基辛格都把惨败的结局归咎于水门事件和美国国会。越南统一后，中越关系急剧恶化。中国南疆的战略态势发生巨大变化。

在美国国内，水门事件彻底改变了美国媒体和民众对政治人物的看法，带"门"（gate）字的英文词尾，从此成为政治丑闻的代名词。里根政府向伊朗秘密出售军火案被称为"伊朗门"（Irangate）；克林顿政府解雇负责旅行事务的白宫助理事件被称为"旅行门"（Travelgate）；克林顿与白宫实习生莫尼卡·莱温斯基的性丑闻被称为"莫尼卡门"（Monicagate）。此外，福特和卡特总统曾一度取消白宫办公厅主任一职；白宫所属行政管理和预算局局长的任命改由经参议院批准；总统国家安全事务助理亦不复拥有基辛格当年炙手可热的权势。

水门事件使尼克松在政治和精神上遭到极大打击，但他并未颓废消沉。面对惨败和羞辱，他坚韧地表示："失败固然令人悲哀，然而，最大的悲哀是在人生的征途中既无胜利，也无失败。"[①]下台后，尼克松闭门读书，潜心思考，总结经验，先后出版了《尼克松回忆录》、《真正的战争》、《领导人》、《真正的和平》、《不再有越战》、《1999——不战而胜》、《角斗场》、《只争朝夕》、《超越和平》等著作，几乎每一本都成为国际畅销书。在外交政策领域，尼克松逐渐以外交战略权威的形象重新崛起，经常应邀为里根、老布什（George Bush）和克林顿总统出谋划策，指点迷津，提供富有创见的外交咨询和建议。1989年"六四风波"

① 1990年7月尼克松在出席以他的名字命名的总统图书馆建成典礼时的讲话。引自 Ann Devroy, "Nixon Library Dedicated as 3 GOP Presidents Praise the Architect of Peace", *The Washington Post*, July 20, 1990.

后不久，他肩负修复中美关系的重大使命，第五次访问中国大陆。1994年临终前不到一个月，他以病弱之躯出访莫斯科，为美国调整对俄外交提供政策评估。尼克松“身败名裂”之后，仍然对美国外交作出了重大贡献，赢得了各界人士的尊重和好评。

基辛格在1974年就已预言：历史对尼克松的评价将比同代人要仁慈得多。但尼克松头脑清醒，他认为：“那要看由谁来书写历史。”[①]尼克松辞职25周年那天，根据《华盛顿时报》进行的一次民意测验，45%的美国人认为水门事件的性质只是政治斗争，并非严重的犯罪行为；48%的人持相反观点；7%的人无话可说。[②]尼克松本人一直试图淡化水门事件，他在晚年说：“水门事件最初是轻微的犯罪，等我卷进去后，就变成重大罪行，等报界和他们那伙人把它抓在手里，就变成国家的问题了。”“报界愿意为肯尼迪和约翰逊掩饰这类罪行，可只要我作点什么，他们就会铺天盖地地攻击我，我早该明白这一点。”[③]

尼克松的上述观点虽然有些道理，但却存在“只见树木，不见森林”的毛病。回顾历史，水门事件的发生实际上具有某种历史必然性。美国立宪建国之初，国会一直在联邦政府的三个部门中占据主导地位。可是，自20世纪30年代经济大危机和50年代美苏冷战以来，行政部门权力急剧膨胀，总统和白宫幕僚逐渐成为联邦政府权力中心；国会被党派利益所分化，无力对总统形成有力制衡，致使“国会政体”逐渐演变为“总统宪政”。美国总统既是国家元首又是政府首脑，并兼任美军总司令，兼有英国女王和首相、法国总统和总理所具有的权限和职责。在外交和军

① 参见 Henry Kissinger, *Years of Upheaval*, p.1209.

② Commentary Editorial, "End of a Nightmare", *The Washington Times*, August 9, 1999.

③ 〔美〕莫尼卡·克罗利：《冬天里的尼克松》，第439—440页。

事政策领域中，甚至出现了独断专行的"帝王总统"。

尼克松执政时期，"帝王总统"权力由外交和军事领域日益扩展到国内政治。白宫幕僚大权独揽，专横拔扈，甚至发展到建立秘密警察"管子工"的程度。最初只是"屁事"一桩的水门窃听案，实际上只是白宫幕僚一系列非法行为的冰山一角。这种现象引起了国会、新闻媒体和各界有识之士的不安和警觉。新闻媒体对水门案的揭露，给立法、司法部门制衡总统和白宫幕僚的权势提供了千载良机。由于特别检察官、联邦地区法院和国会深入调查水门事件，联邦最高法院果断介入，对总统行政特权予以限制，导致尼克松被迫辞职。所谓"帝王总统"从此一蹶不振。

在历史舞台上，具有宿命性色彩的政治戏剧往往由充满偶然性的小品构成。水门案被揭露和尼克松下台的命运，是一系列不可思议的错误决策与"偶然事件"汇合的结果。尼克松抱怨自己是错误的时代和错误的地点的一个"倒霉的受害者"（unfortunate victim），[①]并非毫无道理。如果没有白宫录音系统被偶然发现，以尼克松的智谋、胆略和成就，他或许能被列入伟大的美国总统之列。可是，尼克松不仅滥用权力，而且过于自信自负。为了青史留名，他下令录制了5000余小时的白宫办公室谈话录音。由于最高法院的铁面裁决，这些录音最终成为把他挑下总统宝座的锋利宝剑。本想流芳百世，结果却惨遭历史谴责。这种"自我弹劾"的政治悲剧，不禁令后人扼腕长叹。

在美国宪政史上，罗斯福、肯尼迪和约翰逊总统都曾严重地滥用权力，之所以未被揭露，与当年新闻媒体笔下留情以及他们更会掩盖非法行为直接有关。可是，随着宪政体制的完善以及国会和媒体权力意识的提高，在强调分权与制衡的宪政体制下，

---

① Stanley I. Kutler, *The Wars of Watergate: The Last Crisis of Richard Nixon*, p.618.

“帝王总统”和白宫幕僚滥用权力、违法乱纪的行为，总有一天会引发类似水门事件的政治危机。美国自立宪建国以来，先后经历过南北战争、两次世界大战、30年代经济大萧条、朝鲜战争、越南战争和水门事件等重大危机，但却没有出现独裁政府和专制暴政。细究其因，强调分权与制衡和注重新闻自由的宪政体制功不可没。

但是，9.11事件对美国的宪政体制形成了强烈冲击。为了有效地打击恐怖分子，国会众议院已通过法案，扩大了执法部门进行电子窃听和信件检查的权力。联邦政府甚至设立特别军事法庭，未经大陪审团听证便起诉和审判外籍居民。新闻媒体对这些措施的反应比较克制。个别美国学者据此认为，9.11事件后美国已沦为神权法西斯国家。但这种提法显然有些夸张。就整体而言，美国宪政体制中分权制衡、限权政府和维护新闻自由的基本框架仍然坚强牢固。如何在打击恐怖分子、遵循正当程序、捍卫新闻自由、保护公民权利等问题上保持平衡，将是对未来美国宪政体制的严峻考验。

（陈伟）

# 23. 如今在美国究竟谁歧视谁?

## ——加州大学董事会诉巴基案 (1978)[①]

西风吹，摇滚摇，如今在美国究竟谁歧视谁？

可能有人会说，这个问题难道还值得一提吗，自然是白人歧视黑人和其他少数族裔。可是，很多美国白人却认为，如果依照联邦政府颁布和推行的“肯定性行动”政策（Affirmative Action Program，意译“平等权益措施”），如今在美国社会中遭受种族歧视之害的实际上是白人。这个涉及到“逆向歧视”（Reverse Discrimination）的复杂问题，正是曾轰动美国朝野的加利福尼亚州大学董事会诉巴基案（Regents of University of California v. Bakke，1978）的缘起。

## （一）屡试不中的白人高才生

艾伦·巴基（Allan Bakke）1941 年生于美国佛罗里达州，其祖辈是来自挪威的北欧移民，父亲在邮局当差，母亲是小学教师。巴基从小勤奋好学，成绩出类拔萃，曾进入过全美中学生荣誉奖学金竞赛的决赛。1959 年他以高分考入明尼苏达大学（University of Minnesota），主修机械工程。大学期间，他的平均积

---

① *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978), http: //laws.findlaw.com/us/438/265.html.

分成绩（GPA）[1] 为3.51。

大学毕业后，巴基投笔从戎，入海军陆战队服役，参加了越南战争。在炮火连天的战场上，他沉着机敏、作战勇敢，在四年的军旅生涯中连升数级，晋升为上尉军官。海军陆战队是越战期间美军伤亡率最高的军种，巴基因所在部队也不例外。面对战友死伤的痛苦，巴基初步萌发了当一名医生的想法。

1967年退役后，巴基在美国宇航局（NASA）设在加州斯坦福大学附近的一个高级研究中心当了一名工程师。在中心工作期间，由宇航局资助，巴基考入斯坦福大学继续深造，获得机械工程硕士学位。然而，随着年龄的增长，巴基最终确立了成为一名医生的志向。于是，在工作之余，他开始攻读医学院预科课程，并着手准备医学院入学考试（MCAT）。

在美国社会中，医生和律师不是那么好当的。首先，著名医学院和法学院的学费极为昂贵。而且，因学生毕业后收入较高，所以医学院和法学院基本上不提供奖学金。其次，著名医学院和法学院都有极低的录取率和白热化的竞争，考生的淘汰率和竞争的残酷性，在某种程度上超过了20世纪70、80年代中国大陆的高考。以加州大学戴维斯校区医学院（University of California Medical School at Davis）为例，该院1973年度只录取100名学生，但申请人总数却高达2664人。

可是，巴基却恰好选中了加州大学戴维斯校区医学院作为一个重点报考院校。其中的秘诀是，由加州大学董事会管理的柏克利、洛杉矶、圣地亚哥、戴维斯等大学校区虽然名列全美著名学

---

① GPA（Grade Point Average），汉译“平均积分成绩”，是美国大学衡量一个学生平均成绩的分数体制。GPA 4分相当于A，GPA3分相当于B，GPA2分相当于C。巴基3.51的GPA分数，大致相当于各科平均成绩为A减。

府之榜，但与哈佛、耶鲁、普林斯顿、斯坦福等私立名校不同，加州大学所属各校全都是公立大学。因公立大学有联邦和州政府的资助和补贴，所以学费比那些私立名牌大学要便宜得多。另外，像巴基这样已在加州居住两年以上，依法交纳州税的居民，还会享受到本州学生大幅度减免学费的特殊待遇。

以优秀成绩结束医学院预科课程后，巴基在医学院入学考试中再传捷报。在科学知识部分，他的正确率为97%；在语言能力部分，他的正确率为96%；在数学部分，他的正确率为94%。1972年底，巴基满怀信心，向戴维斯分校医学院正式提出了1973年度入学申请。没想到，加州大学却给志在必得的巴基吃了闭门羹。

照常理，以巴基的GPA和MCAT成绩、斯坦福大学硕士学历以及综合素质，他应当是一个很有竞争力的申请人。巴基起初以为，自己名落孙山的原因可能是因年龄已超过了30岁。但是，巴基后来从戴维斯校区学生事务办公室打探出的内幕，着实令他大吃一惊。原来，在医学院当年100名的录取名额中，竟然留出了16个特别名额，专门分配给了黑人等少数族裔学生。更令巴基不满的是，在被录取的16名少数族裔学生中，绝大多数人的GPA和MCAT成绩远远不如自已。

对此，巴基非常恼火，他奋笔疾书，给戴维斯校区录取办公室写了一封抱怨信。信中写道："为了满足未来医疗健康事业的要求，医学界需要最有能力和最有献身精神的人才。我意识到，设置少数族裔录取定额是为了补偿以往种族歧视的恶果。但是，这种照顾少数族裔的措施，实际上又开创了新的种族偏见。这不是一个公正的解决办法。"① 一通抱怨之后，1973年底，巴基向戴

---

① 引自 Joel Dreyfuss and Charles Lawrence III, *The Bakke Case: The Politics of Inequality*, New York: Harcourt Brace Jovanovich & Company, 1979, p.14.

维斯医学院提出了1974年度的入学申请。

然而，巴基得到的回复，仍然是一剂不予录取的苦药。该做的全都做了，却死活进不了医学院，原因竟然是肤色不够黑。巴基从小在“白人优越”的社会环境中长大，这辈子还是第一次碰到这种“颠倒黑白”的怪事。一气之下，他一张状纸把加州大学告到了州地方法院，控告加州大学搞逆向种族歧视，违反了1964年《民权法》和宪法第14修正案关于对公民平等法律保护的条款。

1975年，加州地方法院对巴基案做出判决，对双方各打50大板。法官虽然判决加州大学设立的定额制度违法，但并未判决戴维斯校区医学院应当录取刺儿头巴基，结果控辩双方都不满意，继续向加州最高法院上诉。1976年，加州最高法院判加州大学败诉。加州大学董事会当然不会服气，遂聘请曾在水门调查案中出任特别检察官的哈佛大学教授考克斯（Archibald Cox）为律师，于1978年把官司打到了联邦最高法院。

## （二）左右为难的最高法院

在一向标榜机会均等、公平竞争的美国社会，戴维斯校区医学院为何会为少数族裔申请人保留16个特别录取名额呢？这个特殊的照顾措施，实际上与美国联邦政府颁布和推行的“肯定性行动”政策直接有关。

“肯定性行动”这个名词，最早源自肯尼迪总统（John F.

Kennedy）1961 年签署的总统第 10925 号行政命令。[1]这个命令要求政府合同承包商采取肯定性行动，为少数族裔提供更多的工作机会，不得有种族、信仰、肤色、祖籍等方面的歧视。约翰逊总统（Lyndon B. Johnson）执政期间，联邦政府和国会陆续颁布了一系列包含范围更为广泛的“肯定性行动”法案，又称为平等权益法案。简而言之，“肯定性行动”政策实际上是一项在 1964 年《民权法》基础上发展起来的平权措施，目的是帮助在美国历史上长期遭受歧视的少数族裔和女性更快地改变在政治、经济、教育和社会等方面的劣势地位。具体地说，就是在升学、就业、晋升、颁发奖学金以及接受政府贷款和政府合同招标时，在竞争能力和资格基本相同或相近的情况下，黑人、印第安人、拉美裔和亚裔以及女性有被优先录取、录用、晋升或优先得到贷款和政府合同的权利。

1969 年，保守的共和党总统尼克松（Richard Nixon）入主白宫，但他在推动“肯定性行动”政策方面的新措施却令人刮目相看。后来曾在里根政府担任国务卿要职的舒尔茨（George Shultz），当时是劳工部长。在劳工部长任内，舒尔茨开创了引起极大争议的硬性定额制度。根据联邦劳工部的规定，公立大学在招生时，必须招收一定比例的少数族裔和女性学生；政府部门必须雇佣一定比例的少数族裔和女性职员；一定比例的政府商务或工程合同应当优先给予少数族裔或女性投标人。此外，凡是接受联邦政府资助以及所有与政府签订商务或工程合同的私营企业或

---

① 10925号总统行政命令英文原文是：“The Contractor will take affirmative action to ensure that applicants are employed, and employee are treated during their employment, without regard to their race, creed, color, or national origin.” 引自 JoAnn Bren Guernsey, *Affirmative Action*, Minneapolis: Lerner Publications Company, 1997, p.30.

私立大学，都必须提交一份"肯定性行动"计划，详细说明该企业或大学现有少数族裔雇员数量，以及打算在多长时间内使少数族裔雇员达到一定比例。否则，联邦资助和合同免谈。从70年代中期起，"肯定性行动"政策的照顾范围又逐渐扩大到残疾人和退伍军人。

在民权运动声势浩大的60年代，"肯定性行动"政策得到了全美大多数高等院校的积极响应。美国大学校园历来是自由化和激进化的大本营，而加州大学在60年代反越战、争平权的学生运动中，更是全美高等院校中闹得最凶的一所大学。在此背景下，戴维斯校区为了纠正种族歧视造成的危害和以往对少数族裔的不公正待遇，增加医学院学生的多元性，为少数族裔树立刻苦学习、奋斗成材的榜样，特别设立了优惠和照顾少数族裔申请人的录取定额制度。没想到却碰上了"惹事生非"的刺儿头巴基，引发了全美瞩目的诉讼大案。

加州大学诉巴基一案，实际上是给美国最高法院出了一个极为棘手的大难题。原因很简单，这个事关联邦政府"肯定性行动"政策是否违宪的重大诉讼案，并不是一个单纯的法律问题，而是一个高度复杂的政治问题。种族矛盾历来是美国政治中的定时炸弹，稍不留神就会在社会中心爆炸，引发空前严重的社会动乱。在中国社会，重大法律问题通常集中地表现为政治问题。但在美国社会，诚如法国著名政治学家托克维尔所言："几乎所有的政治问题迟早都要变成司法问题"。[①] 美国社会中这种政治问题司法化的特殊国情，让最高法院大法官们伤透了脑筋。

在美国宪政史上，曾有过最高法院试图用法律手段解决政治问题，结果却引发政治灾难和社会动乱的前例，其中最著名的例

---

① 托克维尔著、董国良译：《论美国的民主》，北京：商务印书馆，上卷，1991年版，第310页。

子就是南北战争前的斯科特诉桑弗特一案（Scott v. Sandford, 1857）。当时，最高法院做出了偏向南方奴隶制的裁决，判决黑奴不是美国公民，并使国会已通过的旨在限制奴隶制扩张的《密苏里妥协案》因违宪被取消。尽管从单纯法律的角度看，最高法院对斯科特案的判决无可厚非，但若从政治角度看，这一判决激化了本来已尖锐对立的南北争执，堵塞了以和平手段解决南方奴隶制问题的道路，对南北战争的爆发起到了推波助澜的恶劣作用，使美国陷入了一场难以避免的南北大战。斯科特案一向被美国学者认为是最高法院历史上最糟糕的判例。

前车之鉴，使美国最高法院在审理这类“政治案”时，如临深渊，如履薄冰，能躲就躲，能拖且拖。在巴基案之前，一位名叫德夫尼斯（Marco Defunis）的白人学生早在 1971 年就已向“肯定性行动”政策发难。这位白人学生的法学院入学考试（LSAT）成绩，比已被华盛顿大学法学院（位于美国中部密苏里州圣路易丝）录取的大多数少数族裔申请人高得多，但却连续两年未被录取。一气之下，他便向州地方法院控告华盛顿大学。州地方法院于 1971 年判决华盛顿大学败诉，德夫尼斯遂如愿地进入法学院学习。但华盛顿大学不服判决，继续上诉，于 1974 年初把官司打到了最高法院。

可是，当人们翘首以待，希望最高法院大法官一锤定音时，最高法院却于 1974 年 2 月宣布，涉案当事人德夫尼斯将于当年 5 月从法学院毕业，审理这种“问题已过时”（Moot Case）的案子毫无法律意义。[①] 路人皆知，滑头的最高法院其实是找了个借口，故意躲避这种令人头疼的政治难题，使支持和反对“肯定性行动”政策的两派阵营颇为失望。可是，躲得了初一躲不了十五，

① *Defunis v. Odegaard*, 416 U.S. 312 (1974), http: //laws.findlaw.com/us/416/312.html.

没过几年，巴基案又打上门来，硬逼着左右为难的最高法院给个明确说法。美国朝野上下拭目以待，且看最高法院如何对巴基案进行裁决。

围绕巴基案的审理和判决，美国最高法院出现了四分五裂的局面。首席大法官伯格（Warren E. Burger，1969－1986任职）和大法官斯蒂文斯（John P. Stevens，1975年起任职）等四位不赞成定额政策的保守派法官，回避宪法第14修正案关于对公民平等法律保护的条款，着重强调录取定额制度违反了1964年《民权法》第6款。该条款规定，凡是从联邦政府接受资助的机构，均不得基于种族和族裔因素排斥公民权利。斯蒂文斯法官在判决意见书中强调，《民权法》禁止的是一切种族歧视，既不能歧视黑人和有色人种，也不能歧视白人。而加州大学依照族裔背景设立的定额制度，实际上等于按照族裔标准录取学生。因此，这种定额制度违反民权法，戴维斯校区医学院应当录取巴基。①

1964年《民权法》本是黑人民权运动的历史性成果，谁料想，这一来之不易的民权法案，一不留神却变成了保守派否定"肯定性行动"政策的重磅炮弹。面对这种极度复杂、令人困惑的宪政难题，布伦南大法官（William J. Brennan, Jr.，1956—1990任职）态度坚决，他极力劝说个别立场摇摆的同僚支持"肯定性政策"。最后，有四位大法官表态支持录取定额。布伦南法官认为，对《民权法》不能作学究式的、字面上的狭隘理解，设置录取定额的目的，是为了改变以前对一部分公民的歧视并防止将来的歧视，是国家旨在铲除种族歧视努力的一部分，所以，它不仅符合第14修正案对公民"平等法律保护"的宪法精神，而且符合《民权法》保护公民免遭种族歧视伤害的法律目的。因此，在

---

① *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 411－413 (1978).

不是故意伤害其他族裔利益的情况下，联邦政府可以把种族作为考虑因素，对以往受到歧视的少数族裔予以帮助。[1]

美国最高法院首位黑人大法官瑟古德·马歇尔（Thurgood Marshall，1967—1991 任职）明确表示："我拒绝同意录取定额制度违反宪法的观点。切记，在以往 200 年的多数时刻，由最高法院解释的这部宪法，并没有禁止针对黑人的各种费尽心机、无处不在的种族歧视。现在，当一个州采取措施，补偿种族歧视遗留的恶果时，我不认为这同一部宪法会成为补偿措施的障碍"。[2] 布莱克门大法官（Harry A. Blackmun，1970—1994 任职）则认为："为了克服种族主义，我们必须首先把种族作为考虑因素，此事别无选择。为了平等待人，必须待人有别"。[3]

最终打破四比四僵局的关键性人物，是来自南方弗吉尼亚州的鲍威尔大法官（Lewis F. Powell, Jr.，1972－1987 任职）。这位天才的妥协大师，采取了一种"脚踩两只船"的策略。他一方面站在支持巴基的阵营，认为"录取定额制度的致命缺陷，在于无视宪法第 14 修正案对公民个人权利的平等保护"；另一方面，他又站在支持加州大学一方，规定可以把族裔背景作为入学申请的一个考虑因素。令人称奇的是，鲍威尔法官竟然为自己这种自相矛盾的判决找到了可以自圆其说的宪法根据。他认为，根据宪法第 1 修正案中言论自由条款引申出的学术自由的原则，加州大学有权采取使学生来源和校园学术环境多元化的政策。[4] 鲍威尔法

① *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 325－328 (1978).

② *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 387 (1978).

③ *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 407 (1978).

④ *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 320, 311－312 (1978).

官这一独出心裁的裁决及其牵强附会的宪法根据，终于使巴基案出现了双赢的妥协局面。

1978年6月28日，最高法院对巴基案做出了一个在美国宪政史上非常罕见的双重判决（Double Decision）。由鲍威尔法官主持宣读的双重判决书（plurality opinion）[①] 包括两个部分，第一部分判决录取定额制度违反了宪法第14修正案，巴基应被录取；第二部分判决加州大学有权实行一些使学生来源和校园学术环境多元化的特殊政策，在录取新生时，可以把族裔背景作为一个附加（plus）因素来考虑。

这样，最高法院一方面判决加州大学依照"肯定性行动"政策设立的录取定额违法；一方面又裁定可以将族裔背景作为考虑升学申请的一个因素，实际上又反过来支持了"肯定性行动"政策。这个极为圆滑的双重判决，使坚决支持和激烈反对"肯定性行动"政策的两派人士如坠云雾、无所适从。最高法院的司法裁决虽然是法律决定，但是，对政治后果的慎重考虑，显然对个别大法官的判决产生了相当重要的影响。

## （三）从体制性歧视到"肯定性行动"

在美国这样一个白人占多数和白人男性占据统治地位的社会，在升学和就业这两个对每位公民一生命运至关重要的问题

---

① 按照惯例，如果首席大法官在多数一方，他就自己亲自或指定一位法官起草判决书；如果他在少数一边，就由多数派中最资深的大法官自己起草或指定其他法官起草判决书。在个别案例中，当出现四比四僵局时，如果此时起关键作用的那位大法官根据不同理由两边都投票，便会形成五比四的双重判决。这时，便由那位"脚踩两只船"大法官主持撰写双重判决（plurality opinion）、其他法官可以提出各自的双重附议（concurring in part and dissenting in part）。

上，由总统和联邦政府亲自出面，颁布和推行一系列优惠和照顾黑人等少数族裔的特殊政策和法案，绝非偶然。

美国是一个由200多个不同的种族、族裔、民族血统和文化传统组成的移民国家，号称是世界民族的大熔炉。但是，在美国历史上，“民族大熔炉”的神话主要是对白人移民而言，而少数族裔（主要是印第安人、黑人和亚裔等所谓“有色人种”）的美国经历却充满了痛苦和辛酸。美国开国元勋在《独立宣言》中提出的“人人生而平等”的口号，准确地说只是“所有白人男性生而平等”。早期美国经济的发展和繁荣，伴随着对缺乏自卫能力的印第安土著居民的野蛮屠杀，更交织着对黑人奴隶的残酷奴役。这些历史悲剧制造了延续至今的种族矛盾和种族仇恨。

经过漫长而艰辛的奋斗历程，美国黑人团结一致，敢于斗争，不惜流血，终于在20世纪60年代争取到法律上的平等地位，并且使包括中国留美学生和侨民在内的所有少数族裔都跟着沾光，享受到“免费搭车”的好处。如今美籍华人在北美大陆的成就和地位，相当部分要归功于当年黑人的英勇斗争。[①] 但是，彻底铲除种族歧视遗留的恶果，真正提高黑人和其他少数族裔的政治和社会地位，实现真正意义的种族平等，却绝非易事。

种族奴役和歧视给美国黑人造成的恶果固然多不胜举，但其中尤以黑人在教育领域的落后所造成的后果贻害最大。与千百万怀着“美国梦”来到新大陆寻求更好生活的各国自由移民不同，

① 1902年，美国国会通过排华法案，禁止所有类型的中国移民。在美国宪政史上，这是惟一一项剥夺整个一个民族移民美国和归化为公民的种族歧视法律。此项法律在1943年被废除，当时中美关系正处于抗日同盟的蜜月时期。但是，国会开放给中国人的移民定额，开始每年只有105个。在黑人民权运动影响下通过的1965年移民法，彻底废除了针对中国人的种族歧视。

更与那些在其祖国已接受第一流高等教育、以高分通过托福（TOEFL）和纪阿姨（GRE）考试赴美留学的各国科技精英有别，黑人是被枷锁和镣铐捆绑到新大陆来的奴隶。在长达两个世纪的奴役生涯中，黑奴被彻底剥夺了受教育权利。1740年南卡罗莱纳殖民地颁布的奴隶法典，严禁任何人教奴隶识字。[1]南北战争之后，南方各州通过民主程序立法，制定了一系列歧视黑人的法律法则。这样，黑人虽然在名义上获得了自由，但在教育和社会其他领域中继续遭受种族隔离和种族歧视之害，致使相当多的一部分黑人处于贫困和愚昧的深渊，难以自拔。

瑟古德·马歇尔大法官在巴基案的双重附议中指出："美国黑人的经历与其他族裔群体的差别不是程度上的，而是本质上的。"[2]几百年来，黑人处于受奴役和被歧视的地位，被排斥在主流社会之外，历来与文化和科技无缘。当黑人终于争取到法律上的平等地位之后，不仅面临现代科技社会激烈竞争的挑战，而且判断胜负的标准皆由白人主流社会确立。美国社会一向标榜和信奉凭借个人奋斗和平等竞争去争取成功，但是，这种价值观忽视了因历史原因造成的巨大不平等。就好像是让一个镣铐乍除、遍体鳞伤的普通人与一个训练有素、身强力壮的奥运会选手站在同一起跑线上、按照同一规则在竞赛场上竞争一样，这种表面上的平等竞争掩盖了实质上的不平等。

1965年6月，提出建设"伟大社会"口号和标榜"公平施政"的约翰逊总统发表讲话，强调黑人仅仅争取到法律上的平等地位是不够的，联邦政府应采取特殊措施，对少数族裔予以帮助，以求达到实质意义上平等竞争的最终目标。约翰逊此次讲话

---

① Alan Watson, *Slave Law in the Americas*, Athens: University of Georgia Press, 1989, p.71.

② *Regents of University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 400 (1978).

是联邦政府第一次公开宣布应对少数族裔予以特殊照顾，在推动“肯定性行动”政策和促进实现平等竞争道路上迈出了重要一步。这一特殊政策的实质，是要求美国社会中的强势群体做出一定让步，在激烈的自由竞争起跑线上，允许弱势群体在比赛正式开始之前，先跑上一段路，借此改变因历史原因造成的竞争起点极度不平等的不公正现象，达到种族和谐和社会平等的最终结果。

现代文明社会的基本诉求是发展和平等，一种制度或一个国家的兴衰、先进、落后，往往取决于对这两个重大问题解决的程度。“肯定性行动”政策的实质，是由联邦政府出面，充当不同种族和族裔之间利益协调人这种费力不讨好的角色，通过向少数族裔提供更多的提升政治、经济和社会地位机会的政策，补偿几百年来对黑人等少数族裔的奴役和歧视所造成的伤害，润滑美国社会中紧张的种族关系，推动美国社会向更平等的方向发展。

通过对巴基案的判决，美国最高法院支持了国家最高行政当局推行的“肯定性行动”政策。实际上，如果根据“按字面理解规则”（plain meaning rule）这种的保守司法原则，僵死地分析美国宪法第14修正案和1964年《民权法》的具体条款，“肯定性行动”政策的宪法和《民权法》基础极为薄弱。但是，美国宪法的一个重要特点是语焉不详，弹性极大。大法官在审理案子时，往往并不拘泥于宪法条款的僵死规定，而是通过具体判例对宪法条款予以解释和发挥，有时甚至可以赋予某一宪法条款全新的解释，以应对各种层出不穷的新问题。这种灵活变通的特点，在鲍威尔大法官对巴基案的判决中显露无遗。

从宪政法治角度看，宪法不应当是一堆死板的教条和枯燥的案例，而应当是一种动态地调节不断变化中的社会关系的仲裁手段。美国宪法已有200多年历史，今日社会中的很多新问题，如公民隐私权、嫌犯沉默权、妇女堕胎权、死刑合法性、“肯定性行动”政策合宪性等，都是制宪者当年始料不及的。后世每一个

时代的大法官们在审案时，依照具体情况，对宪法条款的含义予以引申和发挥，虽然难免给人以牵强附会和凭空捏造之感，但却保证了宪法的权威性、延续性和时代性。

在一个基本上由多数人的选票决定一切的民主社会，多数人在多数情况下能够维护自身利益，而少数人在多数情况下则很难维护自身利益。然而，宪政法治制度的真谛，却恰恰在于既防止个人专断，又避免"多数人的暴政"。1954年，非民选的美国最高法院在著名的布朗案中支持弱势群体，首次吹响了黑人民权运动的激昂号角。一向以保守著称的最高法院竟然成为推动民权革命的急先锋！在美国宪政史上，这是一个非常奇特的现象。在民权运动和种族冲突的压力下，在最高法院裁决的影响下，约翰逊总统积极推动民权立法。此公曾长期担任国会多数党领袖，政治手腕高超。他施展各种威胁谴责和许诺哄骗之术，极力游说参众两院中顽固的南方保守阵营支持民权立法。1964年到1965年之间，维护少数族裔利益的一系列重要民权法案，终于在美国这样一个白人占多数的国家得到通过和实施。借民权运动之势，美国社会进行了一系列政治和社会改革，为实现种族平等奠定了法律基础，为黑人和其他少数族裔中的杰出人材出将人相、各显神通提供了前所未有的机会。约翰逊总统后来因越战身败名裂，但他在民权立法方面的贡献和影响，在美国宪政史上仅次于林肯总统。

应当提到的是，由于一系列民权法案的通过，白人对黑人等少数族裔的种族歧视已由道德问题升格为法律问题。如今在美国，无论是政府部门，还是私营公司企业或商店旅馆，如果在对待少数族裔雇员或顾客的态度以及在雇佣和晋升等问题上稍有差错，随时有可能官司缠身并被迫付出巨额赔偿。普通公民若有种族歧视的公开言行，则不仅有可能被雇主解雇、学校退学，而且会面临刑事或民事起诉的严重后果。因此，公开的种族歧视在美

国社会中已经失去了存身之地。

200多年以来，美国社会从种族奴役走向解放奴隶，从种族隔离走向民权运动，从取消法律上的不平等走向对少数族裔、妇女和残疾人等弱势群体权利的刻意维护，这不能不说是一个伟大的历史性进步。

## （四）规则不平等与逆向歧视

但是，从严格的法律角度分析，“肯定性行动”政策是一项“不平等”的政策。一般来说，人类社会的平等可分为三种：起点平等，规则平等和结果平等。历史证明，实现完全的起点平等和结果平等，都是不可能的。惟一可以做到的，只能是规则平等。可是，“肯定性行动”政策却对竞赛场上规则平等的原则进行了修改。

对美国政府行政部门而言，为了纠正以前种族歧视的弊端，缓和社会矛盾，在一定历史时期之内，实质平等和社会公正的原则可以暂时高于规则平等的原则。“肯定性行动”政策的一个主要特点，正是不拘泥于规则平等原则，以一种矫枉过正的特殊形式，对弱势群体的利益予以补偿和照顾，以求达到起点平等、公平竞争的最终结果。

可是，由于规则不平等，尽管愿望良好，理由充足，但实际结果却是对白人男性的体制性逆向歧视。在社会生存竞争的竞赛场上，一些白人不得不为“祖宗造的孽”付出沉重代价。从就业角度看，美国是一个典型的自由竞争经济，无论申请哪一个层次的工作和岗位，申请者都会面临激烈的竞争；从升学角度看，一个学生能否被著名法学院或医学院录取，往往会决定其一生命运的兴衰荣辱；从商业角度看，能否争得政府部门的服务或工程合同，常常关系到一家企业或公司的生死存亡。然而，根据“肯定

性行动”政策，白人不仅在能力和成绩相同或相近的情况下必输无疑，而且在能力和成绩明显高于少数族裔时也有可能败下阵来。

根据加州大学公布的统计数据，加州大学柏克莱校区录取的黑人学生高中统考成绩（SAT），比其他族裔学生的SAT平均成绩低228分。[①] 1974年，新泽西州的一所学校为了保持教师族裔背景多元化，在裁员时首先解雇了白人教师，保留了教学资历相对较低的黑人教师。[②]1977年，联邦政府颁布的《联邦公共工作就业法》明文规定，至少10%的联邦公共工程项目拨款应保留给少数族裔企业。1980年，最高法院在符利洛夫诉克卢茨尼克案（Fullilove v. Klutznik，1980）判决中，以6比3三票之差裁决联邦就业法并不违宪，因为这是一个纠正以前对少数族裔企业在投标政府合同时受到不公正对待的补偿措施。[③]

一些保守派经济学家认为，在美国这样一个注重私有产权的国家，强制施行“肯定性行动”政策，意味着联邦政府对私营企业内部人事管理事务的无理干涉，意味着联邦政府对投标政府合同商业过程的蛮横干预，不仅限制了私营企业老板与雇员之间的契约自由，而且破坏了在公平竞争基础上分配政府合同的市场经济机制。可是，联邦政府手头有成千上万亿美元的服务和工程合

① 高歌：《美国顶尖大学》，香港：明镜出版社，1999年版，第161页。

② 被解雇的白人教师不服，经过长达12年之久的艰苦诉讼，把官司一直打到联邦最高法院。1986年，最高法院以5比4一票之差裁决，该校实行的“肯定性行动”政策违反宪法第14修正案关于平等法律保护的规定。此案详情见 *Wygant v. Jackson Board of Education*，476 U.S. 267（1986），http：//laws.findlaw.com/us/476/267.html.

③ *Fullilove v. Klutznik*，448 U.S. 448（1980），http：//laws.findlaw.com/us/448/448.html.

同，是私营企业的最大客户，所以私营企业只有俯首听命的份儿，一点儿脾气也不敢有。这种现象与制宪者设想的那种维护私有产权神圣不可侵犯的政府职能，可谓是南辕北辙。

“肯定性行动”政策的另一个饱受指责之处是，它可能会使无辜者承担补偿政策所造成的不良后果，也会使一些从未受到过种族歧视伤害的人凭空获益。与其他一些社会救济、福利等方面的公共政策不同，“肯定性行动”是一项“一刀切”政策，单纯以族裔、肤色和性别这些群体差别作为施行照顾措施的标准。只要你是少数族裔或女性，而不管是什么样的少数族裔或女性，你都可以在竞争中受到若干照顾。相反，只要你是白人，而不管是什么样的白人，那你就成了天生的倒霉蛋，再受歧视也没人心疼。

比如，一位黑人富商是20世纪90年代从北非摩洛哥移居美国的投资移民，其远祖与当年被贩卖到北美的黑奴根本不沾边。而一位白人工人家住北方宾西法尼亚州，其祖先在独立战争结束后移民美国，在南北战争时曾参加联邦军队，为维护联邦完整和废除奴隶制浴血奋战，其家族成员几百年来一直是废奴运动和民权运动的支持者。而且，由于宾州早在18世纪独立战争结束前就已立法禁止奴隶制，所以在这位白人劳工家族史上，没有任何人曾奴役过黑奴。可是，在申请进入宾州州立大学医学院的激烈竞争中，尽管白人劳工家族世代在宾州居住并以税金的形式向联邦和州政府交纳了大量金钱，尽管白人劳工的儿子勤奋努力、品学兼优，考试成绩和综合能力高于黑人富商的女儿，但他仍然有可能在入学竞争中输给新来乍到的黑人富商的女儿。显然，在很多诸如此类的个案中，这种只问肤色性别，缺乏具体问题具体分析，为一个黑人富家儿女在竞争中保留特别位置，却把一个白人劳工的儿子排除在外的现象是极不公平的。

对“肯定性行动”政策不满的不仅是白人，而且包括一些少

数族裔人士。身为黑人的加州大学董事会董事康纳利（Ward Connerly）认为，这项政策中的一些特殊照顾措施，实际上等于公开宣布少数族裔无力与白人进行真枪实刀的竞争，只能靠族裔和肤色占尽先机，这实际上是对少数族裔的公开贬低。少数族裔需要的是平等公正，而不是所谓特殊照顾和优惠。而且，在实践中，这项政策的受惠者也非常有限，只是为已经进入上流社会权势阶层的一小部份黑人以及白人女性提供了进一步高升的特殊方便。

诸如此类的批评，如今在美国政坛已成为一个非常敏感的政治问题。2001年5月4日，美国亚裔商会代表在白宫会见小布什总统（George W. Bush）时，当面感谢小布什提拔华裔赵小兰和日裔峰田出任内阁部长。小布什听后立刻严肃答复，赵小兰和峰田人阁完全是因出类拔萃的能力和品德，与族裔背景根本没有任何关系。[①] 小布什当年在耶鲁大学读书时，考试成绩一塌糊涂，本科平均积分成绩（GPA）只相当于C[②]。所以，美国媒体一度讽刺这位总统智商太低，说他既不懂内政也不懂外交。但实际上未必如此，如果小布什当时反应慢，稀里糊涂地顺着亚裔商会代表给搭的台阶往上走，那他的政治麻烦可就大了。

反对"肯定性行动"的人士认为，"肯定性行动"政策根本就不是平权法案，而是反平权法案，是对白人男性的体制性逆向歧视。这项政策不仅在入学和就业等人生大事上对白人男性极不公平，而且也容易使少数族裔滋长不劳而获的思想和低人一等的

① 2001年5月4日《美华商报》新闻稿："小布什总统在白宫接见亚裔商会代表"。

② 由于本科成绩太差劲，小布什后来被自己家乡得克萨斯大学法学院拒之门外，但却意外地被一向"重素质轻成绩"的哈佛大学工商管理学院录取。当年哈佛商学院究竟是看上了他的家庭背景，还是独具慧眼，发现了这位未来总统的"管理素质"，如今谁也说不清了。反正美国又多了一位哈佛出身的总统。得克萨斯大学法学院则后悔莫及。

心理。更为严重的是，这项特殊照顾政策把以族裔和肤色为基础的少数族裔权利置于美国公民权利之上，损害了以勤奋努力和个人奋斗为基础的美国精神和工作美德。据《华尔街日报》和美国广播公司（ABC）1992年的一项民意调查，三分之二的美国人认为“肯定性行动”政策已完成其历史使命，今后，美国政府无需为补偿过去的歧视而给予黑人等少数族裔以特殊照顾。

但是，“肯定性行动”的支持者坚持认为，仅仅实行了30余年的“肯定性行动”政策，根本无法纠正和在真正意义上补偿对黑人长达三个世纪的奴役和歧视所造成的恶果和伤害。尽管黑人的政治和经济地位有了重大改善，但总的来说，黑人在美国仍然处于二等公民的地位，黑人和白人之间，在教育水平、平均工资、社会地位等方面都有明显差距。此外，尽管公开的种族歧视已不常见，但白人种族主义的偏见仍然根深蒂固地存在于美国社会之中。因此，“肯定性行动”政策不仅尚未完成它的历史使命，而且路途漫漫，任重道远。

围绕“肯定性行动”政策展开的激烈争论，已经远远超出了学术的范围。因为它不仅牵涉到成千上万人的现实利益，而且也触及一个国家过去的罪恶、一个民族永久的心灵伤痕这种涉及深层民族心理的敏感问题。因此，必然会出现“公说公有理，婆说婆有理”的情绪化争论，很难有一个统一的看法和结论。

极具讽刺意味的是，加州大学在60年代是全美大学争取平权运动的排头兵，70年代则因巴基案名噪一时，但在90年代，它却摇身一变，成为争取废除平权法案的急先锋。1997年，加州大学董事会趁当年加州全民公决废除平权法案之际，投票通过决议，宣布加州大学今后在招生、雇人、工程招标时不再照顾少数族裔和妇女，从而使加州大学成为美国第一个公开宣布废除“肯定性行动”政策的公立机构。加州大学此举表明，这种特殊照顾政策只是一个具有临时性和补偿性的“民族政策”，绝非是

一个修改美国社会中竞争规则的永久性法律。照顾和优惠只是暂时的，真正的平等只能靠少数族裔自己去争取。

在决定国家当前和未来大政方针的纲领性和方向性问题上，美国最高法院一向处于一言九鼎的特殊地位。但是，对于“肯定性行动”政策这种高度敏感的“政治案”，面对各级基层法院一系列挑战巴基案裁决的上诉案，四分之一世纪以来，最高法院引人注目地采取了一种沉默和观望政策。大法官们深知，最高法院一言九鼎、至高无上的权威来之不易，为了避免莽撞断案，引火烧身，对于那些有可能影响全局、争议极大的司法诉讼，老谋深算的大法官们常常故意退避三舍，先让各级地方法院和上诉法院摸着石头过河，待到条件和时机成熟之时，再由最高法院出面一锤定音。多年来，这已成为美国最高法院审理那些影响全局的重大案例时惯用的高招儿。

一些法律专家认为，如果因担心审理高度敏感的“政治案”引火烧身，造成难以预料的政治后果，保持沉默和静观待变似乎是最高法院应对此类上诉案的最佳办法。要知道，加州大学之所以敢为天下先，加州大学董事会当前的立场之所以与20年前戏剧性地截然相反，实际上与白人在加州人口的比例已跌落到50%左右有直接关系。由于白人在加州即将成为少数族裔，白人已有同等权利要求“肯定性行动”政策的特殊照顾。

9.11事件后，美国社会中保守主义思潮抬头。最高法院数位大法官年事已高，临近退休。因此，最高法院的动向引起各界广泛注意。据《华盛顿邮报》最新消息，2002年12月2日，最高法院终于打破沉默，宣布同意审理涉及密执安大学将族裔背景作为考虑入学申请因素的两个上诉案。在格鲁特诉波林杰案（Grutter v. Bollinger et al，2003）中，白人学生控告密执安大学法学院违反宪法和民权法，设立了对黑人、印第安人和拉美裔等少数族裔申请人予以适当优先考虑的录取政策。在格拉茨诉波林杰

案(Gratz et al v.Bollinger et al,2003)中,白人学生指控密执安大学本科部的录取政策极不公平,在总分为150分的申请人评分体制中,少数族裔申请人一律自动获得20分,与一个具有出类拔萃体育才能的申请人所得到的额外分数相同。密执安大学则认为,校园和学生背景多元化是学校的重要方针,少数族裔申请人虽然得到了加分的优惠照顾,但密执安大学并未像当年加州大学戴维斯校区那样设立16个特别录取定额。换言之,如果少数族裔申请人在加分或适当优先考虑后仍然达不到录取标准,密大并不按照固定的配额硬性录取。因此,这种录取政策完全符合1978年巴基案裁决的基本原则。由此可见,这两个上诉案的关键在于,巴基案裁决是否应被推翻。

据美国媒体透露,围绕这两个上诉案,大法官们这回仍然处于四比四的僵持局面。其中首席大法官伦奎斯特(William Rehnquist,1972—1986年任大法官,1986年起任首席大法官)倾向于裁决密大的录取政策违宪;女大法官奥康纳(Sandra Day O'Connor,1981年起任职)一直"脚踩两只船",成为此案中举足轻重的关键人物。由于伦奎斯特大法官即将退休,此案和大选案一样,将成为保守的"伦奎斯特法院"留下的重要的政治遗产,也将是四分之一世纪以来,美国最高法院在民权问题上作出的一项最重要判决。小布什总统已明确表态,反对将种族背景作为录取新生的优惠因素。与当年肯尼迪、约翰逊和尼克松总统对待"肯定性行动"政策的态度形成鲜明对比。出乎人们意料的是,哈佛、耶鲁、普林斯顿、斯坦福等私立名校,通用电器等数十家私营大公司以及华裔教育界中的有识之士都纷纷表态,支持密执安大学的立场,强调族裔多元化的政策符合国家的重大利益。

奥康纳是美国最高法院历史上首位女性大法官。1952年,她以优异成绩获得斯坦福大学法学博士学位。由于当时美国法律界

性别歧视现象严重，她毕业后曾一度很难找到律师工作。加州一家著名的律师事务所（The Law Firm of Gibson, Dunn and Crutcher at Los Angeles）竟然以女秘书的职位回复她的求职信。1981年，这家律师事务所的一位资深合伙人史密斯（William French Smith）官运亨通，当上了联邦司法部长。同年，里根总统提名被这家事务所视为“女秘书”而拒之门外的奥康纳（当时任亚利桑那州上诉法院法官）出任联邦最高法院大法官。按照法定程序，司法部长史密斯代表总统向奥康纳当面宣读了提名委任状。他不但对这位杰出女法官的能力和品格称颂有嘉，而且执礼甚恭。这恐怕是好莱坞编导都编不出来的戏剧性情节。

一般认为，奥康纳属于最高法院的保守阵营。但是，在“肯定性行动”政策问题上，奥康纳的立场含混而复杂。在以往的判例中，她虽然主张对各种基于族裔标准的照顾措施予以严格审查，但从未明确判决“肯定性行动”政策违宪。另外，奥康纳与巴基案的主角鲍威尔大法官私交甚佳，后者在种族问题上的圆滑立场可能会对她产生一定影响。芝加哥大学法学教授哈钦逊（Dennis Hutchinson）估计，已届73岁高龄、临近退休的奥康纳可能会对鲍威尔大法官的经典性双重判决作出修订，但她不希望以“肯定性行动”政策“死亡天使”（angel of death）的形象给自己的法官生涯划上句号。[①] 美国朝野上下又一次拭目以待，且看最高法院如何裁决。

2003年6月23日，万人瞩目之下，美国最高法院作出了两个历史性的重大裁决。第一，在涉及密大法学院有限优惠照顾少数族裔的案子中，大法官以5比4一票之差支持了密大法学院的政策。奥康纳大法官站在了多数派阵营一边并主持撰写了法院意

---

① 转引自 Charles Lane. Briefs Appear Tailored to the Justice in the Middle. *The Washington Post*, January 18, 2003.

见书。奥康纳明确指出，宪法“没有禁止密大法学院基于对种族因素的有限考虑而制定录取政策，以促进学校的迫切教育利益，这种利益来自学生背景的多元化。”[①]她还补充说，作为培养未来国家栋梁人才之地的法学院，多元化有助于协助学生为工作和公民生活做准备，对企业挑选高级主管和政府委派军队指挥官也有好处。第二，在涉及密大本科部设立的申请人评分体制的案子中，大法官以6比3三票之差判决，密大本科部设立的自动加分政策违宪。奥康纳杀了个回马枪，在这个案子中站到了保守派阵营一边。伦奎斯特大法官主持撰写了多数派意见书。他认为，密大本科部为少数族裔申请人一律自动加20分的录取政策，显然有实施配额之嫌，违反了1978年巴基案判决的原则。最高法院针对这两个案子的裁决，堪称1978年巴基案双重判决的再版和继续，既反映出最高法院内部的矛盾冲突和美国社会中种族问题的复杂性，也反映出大法官对待种族问题极度慎重的态度和“两头做好人”的圆滑立场。

在美国社会中，当白人逐渐成为少数族裔和欧洲文化不再成为占据绝对优势地位的主流文化之时，当“肯定性行动”这类照顾少数族裔的“民族政策”有朝一日被彻底取消之后，在种族与族裔“沙拉盘”式混合的多元文化环境中，强势族裔如何与弱势族裔共处，强势群体如何与弱势群体共存，将是美国自立宪建国、解放奴隶、工业革命、新政变法、二次大战、越南战争、民权运动、“9.11事件”等历史性大变动之后面临的一个全新难题。

（陈伟）

---

① Grutter v. Bollinger et al, 000 U.S.02 - 241 (2003). http://laws.findlaw.com/us/000/02-241.html.

# 24. 星条旗保护焚烧它的人

## ——得克萨斯州诉约翰逊案（1989）[1]

爱国主义是普通百姓共同的情感，世界各国都有，只是表现形式不同。有的国家是用充满激情的口号，有的国家是用声势浩大的集会游行，也有的国家是自发地悬挂国旗。在美国，每逢7月4日独立日或其他重大场合，很多家庭就会在自家门口插上国旗，表示庆祝和团结。2001年9月11日，恐怖主义者劫持美国飞机，撞毁纽约世界贸易中心姐妹楼和华盛顿五角大楼，造成近4千人死亡和失踪的悲剧。事发之后，美国商店里的国旗被一抢而空，家家户户悬挂国旗，表达在国家受难之际，人民的忠诚和团结之情。据统计，“9.11”之后，美国商店出售的国旗至少有两亿面之多。

在美国，没有其他任何象征能比国旗更为重要和扯动情感的。连美国的国歌都是以颂扬国旗为主题。这首《星条旗永不落》（The Star - Spangled Banner）是作者弗朗西斯·基（Francis Key）爱国情感的自然流露。在1812美英战争之初，基被英军俘虏，囚禁在英国的军舰上。当他看到海岸堡垒上美国的国旗，在英军猛烈的炮火中，依然高高飘扬时，触景生情，心潮澎湃，一气呵成这首不朽的歌曲。因此，在一般美国民众看来，国旗象征了美利坚民族的辉煌和荣耀，代表了国家的团结和伟大，为此，

---

① *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397（1989），http://laws.findlaw.com/us/491/397.html.

美国50个州中有48个通过了保护国旗不受玷污的法律。正因为美国人视国旗为神圣的象征，因此，世界上反对美国的人们，也常常以焚烧美国国旗为乐事，表达他们对美国外交政策和生活方式的不满和愤怒。见到此情此景，美国人虽然痛心疾首，但也无可奈何，因为那毕竟是发生在世界其他地方的事情，美国管天管地，也管不了其他国家民众的放火焚旗。

不过，就是在美国的地盘上，也有一批对自己政府不满的美国人，以焚烧国旗作为表达自己观念的方式，来批评和抗议美国政府的一些做法。他们知法犯法，目的就是维护他们所认定受美国宪法第1项修正案保护的“表达自由”。

## （一）约翰逊扯旗焚烧 惹上官司

1984年8月，共和党在美国西南部得克萨斯州的达拉斯举行全国大会，再次推选保守的现任总统里根作为共和党总统候选人，竞选连任。在其第一届任期内，里根对内实行“杀贫济富”的财政和税收政策，对外扩军备战，与苏联进行新的冷战。他的这些内外政策遭到了一些左派人士的猛烈批评。

对左派人士来说，共和党大会也是他们表达不满和愤怒，吸引民众和媒体眼球的大好时机。一群号称是“革命共产主义青年旅”（Revolutionary Communist Youth Brigade）的团体百十号人，在其领导人格理高利·约翰逊（Gregory Lee Johnson）的率领下，吵吵嚷嚷地穿过达拉斯市中心，抗议共和党偏袒大企业的政策。

他们一边呼喊反对共和党、反对里根的口号，一边用喷枪向沿路的政府机构大楼涂鸦，还不时地破坏草坪和绿树泄愤。其中的一位随手拔下一家银行门前的国旗给约翰逊，本来，这面国旗是为了庆祝共和党大会而悬挂的。当他们示威来到市政厅前，约翰逊将一瓶煤油倒在了这面国旗上，他的伙伴则用打火机将其点

燃。这些示威者一边焚烧，一边开心地欢呼歌唱："美国，红、白、蓝，我们对你吐口痰。"[①] 当时有不少旁观者在场，但面对狂热亢奋的示威者，他们敢怒不敢言。等到示威者散去后，一位叫丹尼尔·沃克（Daniel Walker）的旁观者才小心翼翼地收拾起被焚国旗的残片，伤心地把它埋葬在自家后院。

一位便衣警察目睹了整个过程，并用对讲机向警察总部作了报告。警察随后逮捕了约翰逊，并指控他违反了得克萨斯州的一项州法。该法禁止亵渎"庄严的东西"（venerated object），它们不仅包括美国国旗，而且也包括得州州旗、公共纪念物和墓地。除了阿拉斯加和怀俄明两个偏远州外，当时美国其他47个州和华盛顿特区均有类似的地方法律。那么何谓亵渎呢？该法的定义是：行为者明知其破坏行为会严重冒犯那些看到和发现其所作所为的人，仍一意孤行。

因此，此案的关键是必须有人出来作证，声明约翰逊的焚烧国旗行为伤害了他们。检察官很容易就找到了沃克等目击者作为证人，他们明确表示，焚烧国旗是对他们情感的严重冒犯，为此他们心痛不已。约翰逊立马被判有罪，处以有期徒刑一年和2 000美元罚款。

约翰逊和他的伙伴当然不服，便将案子上诉到得州的刑事上诉法院（the Texas Court of Criminal Appeals）。[②] 在法庭上，约翰逊对自己的所作所为振振有词："我烧国旗时正是里根被提名为总统候选人。不管你是否同意，当时没有其他象征性的言论能比焚旗更有力地表达[我们的看法]。这完全是一个姿态。我们有新

① 美国国旗由13条红、白的条子（代表最早的13个邦）和蓝色图案上50颗白星（代表50个州）组成。

② 美国每个州都有自己的一个最高法院。但得克萨斯州和俄克拉何马州却设立了两个州最高法院，一个负责刑事案件，另一个负责民事案件。

的爱国主义，不是没有爱国主义”。[1]

出乎达拉斯地方检察官的意料，上诉法院不仅推翻了定罪，而且接受被告辩护律师的看法，认定约翰逊的所作所为乃是一种“象征性的言论”（symbolic speech），因此，应该受到了宪法第1项修正案言论自由条款的保护。违反美国宪法的不是约翰逊焚烧国旗，恰恰是禁止并惩罚损坏国旗的这项得州州法！

在地方检察官和普通民众看来，这一判决简直就是颠倒黑白，为虎作伥。但这些法官却振振有词，搬出了41年前最高法院在西弗吉尼亚教育局诉巴内特（West Virginia Board of Education v. Barnette, 1943）一案中的裁定。在该案中，最高法院裁定，向国旗致敬是一种表达的形式，受到宪法第1项修正案言论自由条款的保护，因此政府强迫公立学校的学生向国旗致敬，就是违反“言论自由”。同理，焚烧国旗也是一种表达，自然应受宪法保护。

不过，得州的刑事上诉法院无权宣布得州州法违宪，而且这一问题毕竟涉及到无数美国民众对国旗神圣情感的大问题，众怒难犯，还是推给联邦最高法院为好。因此，他们要求最高法院审查州法是否合乎宪法。这就给了检方一个申诉的机会。

## (二) 言论自由绝对　焚烧国旗无罪

五年后，这个官司才在最高法院开庭审理。1989年3月21日，控辩双方进行了一场激烈的辩论。达拉斯的地方检察官主要强调两点。一是，得州州法之所以要制裁焚烧国旗这类行为，是因为它们严重冒犯了（offense）无辜者的利益，从而破坏了社会的安定团结（breach of the peace）；二是，“国旗作为民族和睦和

[1] *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397, 406 (1989).

国家团结的象征”，得克萨斯州有着义不容辞的维护之责。

为约翰斯辩护的律师名叫威廉·肯斯特勒（William Kunstler），此公一向以为左派辩护而出名。他辩解说，约翰逊和他的伙伴所进行的示威完全是非暴力的，他们也没有向目睹焚烧国旗的路人挑衅，怎么就能说他们这一表达自己政治倾向的做法对这些人构成了损害？这完全是欲加之罪。

在这一案件的法庭内部讨论中，最高法院法官中的开明和保守两派泾渭分明，意见针锋相对。布伦南（William J. Brennan, Jr., 1957 - 1990 年任职）等3位开明派大法官坚持“言论自由”的绝对性，斯卡利亚（Antonin Scalia, 1986 - 至今任职）虽然是保守派，但却是言论自由的坚定支持者。首席大法官伦奎斯特等4位保守派则强调，焚烧国旗不是一种言论表达，而是一种有害社会稳定的行为。由于两派意见尖锐对立，1988年刚刚由里根提名任命的大法官肯尼迪（Anthony Kenndey），投下了关键的一票，站在了开明派一边。最终，最高法院以5:4的票数通过了维持得州刑事上诉法院原判的决定。

25年前，就在同一个法庭，布伦南就纽约时报诉萨利文一案起草了著名的判决书。这次，在其大法官生涯即将结束之前，布伦南再次成为言论自由的守护神。在由他起草的多数意见中，布伦南非常巧妙地区分了“言论”（speech）与“行为”（conduct）之间的不同。因为对美国政府来说，限制有害行为要比限制有害言论容易得多。因此，他首先强调约翰逊的亵渎虽然也是一种行为，但却是一种“表达行为”（expressive conduct），因为它旨在“传达一种特定的信息”。他引用以前的案例说明，它“带有足够的交流成分而成为宪法第1和第14项修正案的保护对象”。①

但在“表达行为”和“纯粹表达”（pure expression）之间，

---

① *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397, 404 (1989).

还是有区别的，因为最高法院在美国诉欧柏林案中裁定，“如果同一行为中既有言论成分又有非言论成分时，而且政府有充足的和重要的理由来调节非言论成分时，对宪法第1修正案的自由可加以偶尔的限制”。[①]据此，得克萨斯认定约翰逊的焚旗行为包含了一种有害的非言论成分，必须加以限制，因为他完全可以不采取这一亵渎行为来批评美国。

针对这一说法，布伦南指出，得州不能因为焚旗所包含的有争议性的内容或者仅仅因为造成对他人的冒犯，而以这种“偶然调节”作为限制言论的借口。既然是焚旗所表达的政治信息，而非焚旗本身伤害了他人，因此，它实际涉及的就是言论，而言论自由是最根本的宪法权利，因此，对它的任何限制，必须经受“最严格的审查”。而根据最高法院1969年的一项判决，只有那种煽动他人立即进行无法无天暴行的言论，才能根据美国诉欧柏林的先例加以限制。而约翰逊的所作所为显然没有到达这一地步。

至于控方律师所云，得州有义务保护作为国家象征的国旗，布伦南表示，在民众的情感中，国旗的确有其“特殊的地位”，但约翰逊的行为“将不会对我们的国旗所起的特殊作用以及所激发起的情感构成危险”。他还引用70年前霍姆斯在艾布垃姆斯诉美国[②]案中所表达的异议，声称“没有人会认定，这样一个无名之辈的这一姿态会改变我们民族对其国旗的看法”。[③]他用一句话概括了他对公众自由的看法：“如果存在着一项支撑宪法第一项修正案的根本原则的话，那就是，政府不能因为社会感到某种观念激进或不能接受（offensive or disagreeable），就可以简单地禁止

① *United States v. O'Brien*, 391 U. S. 367, 376 (1968).

② *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 628 (1919).

③ *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397, 418 – 419 (1989).

其表达”。[①]

根据这一原则，“州政府防止扰乱治安的公共利益并不支持这项定罪，因为约翰逊的行为并未威胁扰乱治安。州对维护国旗作为民族和国家统一象征的愿望，亦不足以支持其对［约翰逊］政治表达的刑事定罪。因此，我们维持得州刑事上诉法院的判决”。[②]

在保守派的反对意见中，几位大法官更多地是用情感而不是逻辑来表达他们的反对意见。首席大法官伦奎斯特是位参加过第二次世界大战的老兵，对国旗有着神圣的感情。据当时在场的记者报道，布伦南在宣读多数意见时，座在旁边的伦奎斯特多少有点怒目相视。在其反对意见中，伦奎斯特用整整6页的篇幅，从美国革命到越南战争的历次战争所产生的爱国主义诗歌和文学中摘引资料，考察了国旗在美国文化和传统的重要性。他指出：“200多年来，美国国旗作为我们民族的象征，有着独一无二的地位。这一特性使政府有理由禁止约翰逊焚烧国旗这类行为。”[③]

接着，他就从美国革命一路谈起，谈到1812年战争、南北战争、一战二战、韩战越战等历次战争中国旗的作用，最后，他用充满感情、带有诗意的语言描述了国旗的神圣：“不论是和平还是战时，国旗都是我们国家的象征。从国会山到数以千计的地方法院和市政厅，在战舰、飞机和军事基地上，国旗标志着我们国家的存在。两面国旗安插在我们法庭的显著位置。在每年的阵亡官兵纪念日（Memorial Day），无数国旗被安放在死去亲人的坟墓上。根据传统，国旗覆盖在美国阵亡官兵的棺木上，然后交给其家属……国旗鉴别着合众国的贸易船只，且无论国旗飘扬在何

① *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 414 (1989).

② *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 420 (1989).

③ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397, 422 (1989) (dissenting).

处，联邦法律都保护着我们的商业”。因此，“没有任何其他的美国象征，受到和国旗同样普遍的荣誉”。“不论他们具有何种社会、政治或哲学信念，成千上万的美国人对它表示着一种近乎神秘的崇敬”。[1]

在他看来，“约翰逊公开焚烧美国国旗，并非是阐述任何观念的必要部分，同时却可能煽动扰乱治安。……这种抗议形式深深触怒了许多人。得州法律允许所有其他形式的象征性言论以及一切可以想像的口头言论，来表达他对国家政策的深切不满。”但他却选择了公开的焚旗。因此，约翰逊的所作所为不仅不是一种值得保护的言论，而“无异与口齿不清的鼓噪或叫嚣”。“应用于本案的得州法律应受到肯定”。[2]

另一位二战老兵出身的大法官斯蒂文斯（John Stevens，1975年起任职），平时很少表示不同意见，此时也按捺不住自己的情绪，在独自提出的异议中动情地指出，国旗所代表的象征，并不只是“民族和国家统一”，它还“标志着选择这个象征的社会观念以及激发这些观念茁壮成长的特殊历史。它象征着勇气、決心、以及把十三州的雏形变成世界大国的天然智慧，象征着自由、平等机会、宗教宽容和其他类似的民众的良好意愿。”“作为象征，国旗无价”。

他还把国旗与美国人的爱国激情联系起来，历数了美国前辈先哲为国旗的荣誉而奋斗的事例，声称“如果自由和平等的观念值得为之奋斗的话——我们的历史证明它们是值得的，那么，国旗作为这些观念所具有力量的独特象征，值得我们保护免遭不必

---

① *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397, 426–427, 429 (1989) (dissenting).

② *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397, 430–431, 435 (1989) (dissenting).

要的玷污就是不证自明的”。[1]

大法官肯尼迪（Anthony Kenndey）虽然投下了多数票中关键的一票，但他特别写下为自己行为辩解的补充意见：“一个严酷的事实是，有时我们必须作出我们不喜欢的决定。我们这样作，是因为它们是对的，在宪法和法律决定结果的意义上，它们是对的”。他无奈地承认，“本案最能显示运用司法权力所经常遇到的困难……，国旗历来表达着美国共享的信念——对法律、和平及维系人类精神的自由的信念。本案的决定迫使我们承认坚持这些信念所要付出的代价。一项痛苦而又基本的事实是：国旗保护那些蔑视它的人”。[2]肯尼迪的感叹反应了美国知识精英对言论自由原则近乎于宗教般的顶礼膜拜，甚至连保护国旗——这一最为美国人珍视的自由象征——的行为，也必须服从言论自由这一原则，而不能有所例外。

这一判决出乎很多法律专家的预料。因为根据美国的宪政传统和对宪法第1条修正案的保护越来越充分的趋势，票数不应该如此接近。可见，这一表决，实际上反应了进入80年代以后，随着沃伦法院开明派大法官逐渐退休，由共和党政府任命的保守派大法官开始占上风，有关判决逐渐朝限制个人权利和联邦政府权力方向摆动。国旗案一年后，布伦南大法官退休，接着，1991年黑人大法官马歇尔也退休，沃伦时代最终宣告结束。由于卡特总统（1977－1981年任职）运气不佳，没有机会任命最高法院大法官，结果从尼克松开始到老布什，4位共和党总统一共任名了10位大法官，而克林顿8年任期，才有两次任命的机会。现在的大法官中，有6位是共和党总统任命的。

在烧国旗问题上，开明派大法官为何要向广大民众的爱国主

---

① *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397, 436－439 (1989) (dissenting).

② *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397, 420－421 (1989) (concurring).

义热情泼冷水呢？这个问题相当复杂。历史教训告诉人们，爱国主义常常走火入魔。想当年，德国法西斯和日本法西斯都是在强烈的爱国主义和民族主义激情上产生；无数的罪恶和暴行，也都是在爱国主义和国家至上的狂热情绪中进行。因此，在焚烧国旗问题上，冷静和理性显然应当高于激情和狂热。

## 三、民众哗然 结成同盟争取修宪

最高法院的一纸判决，意味着全美48个州和哥伦比亚特区有关保护国旗的法律失效。尽管最高法院在判决中强调："事实上，我们今天的判决将加强——而非削弱——国旗在我们社团中理应受到的尊敬。我们的决定再次肯定了国旗本身最能反映的自由原则。我们容忍类似约翰逊在本案中的批评行为，乃是我们力量的标志和源泉……。我们惩罚亵渎，并不能使国旗变得神圣，因为如果这么做，我们就淡化了这个令人崇敬的象征所表达的自由"。[1]但这些措辞根本不足以平息美国护旗爱国主义者的愤怒。自60年代校园祷告案以来，还没有哪一个判决引起民众如此强烈的愤怒。报刊上刊登了数千封群众的批评信，新当选的老布什总统——另一位二战老兵建议，通过宪法修正案来推翻最高法院的决定，众议院通过谴责最高法院决定的议案时，无一人投反对票；参议院也不分党派，通过了谴责最高法院决定的两党联合议案，对此，只有三人反对。

在美国最大的退伍军人组织——美国军团（American Legion）等利益集团的强大压力下，国会两院又很快通过了保护国旗的联邦法律，禁止对国旗进行任何形式的亵渎，而不论此举是否构成对他人的冒犯。但就在《国旗保护法》生效的当天（1989年10

---

① *Texas v. Johnson*, 491 U. S. 397, 420 (1989).

月30日），已经获得自由的约翰逊再次焚旗，以身试法，不过这次不是在得州，而是在美国政治心脏：国会大厦的台阶上！但他一不留神却迟了一步，落在了一位来自西雅图的艾奇曼女士及其伙伴后面。有最高法院判决的撑腰，艾奇曼等人根本不怕被捕。而且，这些激进派知法犯法的目的，就是要让最高法院判决该法违宪。案子很快上诉到最高法院，尽管有民众和国会的压力，最高法院依然我行我素，1990年6月11日，在美国诉艾奇曼（United States v. Eichman）一案中，最高法院再次以5比4的票数判决《国旗保护法》无效，重申其焚旗合法的立场。这样一来，美国的这些护旗爱国者惟一的希望，就寄托在用宪法修正案的办法来推翻最高法院的判决，保护他们心目中庄严神圣的国旗。就在这一判决宣布的十天后，护旗派议员在众议院和参议院分别提出了一项保护国旗的宪法修正案，但均因没有超过三分之二多数而失败。

在美国，要通过一项宪法修正案，谈何容易！它不仅需要国会两院三分之二多数通过，而且还要在规定的时间内由四分之三州批准。在美国200多年的历史上，只有4次通过宪法修正案的方式推翻了最高法院的判决。为了推动这项宪法修正案，1994年8月，笔者亲眼目睹了以美国军团为首的65个全国性爱国民间社团，在国会山下庄严宣誓，成立美国公民护旗同盟（The Citizens Flag Alliance）的情景。他们发誓要在全美范围内，进行一场声势浩大的游说运动，促使国会通过这一修正案。

在他们的推动下，48个州的议会通过决议，表示赞同一项保护国旗的修正案，而且，他们的努力还在国会里获得了积极的回音，但仍然无法通过国会参议院这一关。1995年、1997年和1999年，众议院先后三次以312比120、310比114和304比124票的微弱三分之二多数通过了修正案，但参议院的投票结果却差强人意，令护旗派大失所望。1995年的投票是63比36，离三分

之二多数仅差 3 票。1997 年该修正案未能列入讨论议程。而 2000 年 3 月的投票则是 63 比 37。尽管是老太太过年，一年不如一年，但美国公民护旗同盟并不善罢甘休，声称“我们将战斗到地狱结冰，然后继续在冰上战斗”。

## 四、民众跟精英较量　民主与法治平衡

以美国公民护旗同盟为主体的护旗派，都是那些最普通的美国人。他们很认真、也很简单地把事务分成好和坏，对与错。因此，在该同盟的组成名单中，几乎没有一个知识分子和专业人士团体，基本是一些传统的退伍军人、劳工、移民和妇女组织。盖洛普的民意调查也显示了这一点。在被调查的人群中，高中和高中以下文化程度者，有 86% 支持修宪护旗，而有大学学位的人群中，则有 60% 反对这样作。

那么，护旗派的对手又是什么人呢？他们是言论自由的坚定支持者，尽管他们并不认为焚烧国旗的作法得当，但他们却相信表达自由原则的至高无上，尊重最高法院的开明判决。这些人恰恰是美国社会的精英，特别是那些创造思想、制造文化、控制舆论、主导潮流的知识分子。为了维护个人的表达自由权，他们非常理性地接受国旗被践踏、遭污损的现实，承受由此不得不付出的情感上的代价。因此，就其阶层构成而言，这场轰轰烈烈的护旗运动实际上可以看作是民众与精英的对抗。

如果用简单的全民公决来决定是否修宪护旗，护旗派必将大获全胜。但是，美国宪政的巧妙之处在于，它不仅在制度上保证民主的权威，同样也限制多数的专断，保护少数的权益。由制宪先贤精心设计的美国宪政体制，不仅旨在防止个人的独裁，而且也要阻止多数的暴政。这一制度设计的最大特点，不是它的民主，而是它的法治。它以非常明确的语言，极为具体地规定了重

大政治问题上的法律程序。以宪法修正案为例，它首先必须在国会两院内以三分之二多数通过，其次要在规定的时限里经四分之三州批准。护旗派难以实现其目标，说明美国政治的精英性，但这并不能否认美国政治的另一个特性，即它的草根性。70年代初到80年代初有关男女平权的宪法修正案（ERA）的命运，则证明了后者力量的强大。

美国社会中女权主义力量之大、势头之猛、冲劲之足，令人咋舌。仅以最能够反应社会变迁的语言为例，不仅中性化的chairperson（主席）代替了chairman，而且出现了用女性历史（herstory）代替实际上不分性别的history，用中性化的humankind（人类）代替mankind的现象。女权主义者对传统妇女角色的挑战，深得知识分子的支持。但他们打造的男女平权的宪法修正案，尽管早在1972年就由国会两院以三分之二多数通过，但是，到法律规定的1982年6月各州批准的最后期限内，只争取到了35个州的批准，离所需要的37个州仅差一步之遥。女权主义者和他们的支持者十年的苦苦努力前功尽弃！显然，美国广大民众还是认同于传统的妇女观。

焚烧国旗案非常典型地凸现美国宪政的若干特点。首先是司法和立法的制衡。最高法院可以裁定焚旗合法，从而导致48个州地方法律失效，但国会可以通过联邦法律表明立场；在最高法院判处该法违宪后，国会可以寻求宪法修正案来推翻法院判决。其次是国会内部的制衡。宪法修正案需要参众两院分别以三分之二多数通过。第三，是联邦和州的制衡。国会通过的修正案必须经四分之三州的批准才能生效。第四，是精英和民众的制衡。大众以“量”取胜，但精英则以“质”见长。在男女平权案中，精英虽经苦战，但仍无法获得四分之三多数；而在护旗案中，它却可以轻易获得三分之一的少数而占据上风。最后，在争取宪法修正案的过程中，不可以成败论英雄。昨日的男女平权案，今日之

护旗运动，都是极有影响的政治社会化进程，它使无数人认识到男女平权之重要，言论自由之珍贵，国旗之意义，学习到美国宪政法治的运作程序。

美国最高法院判决焚烧国旗合法后，很多人猜测，这下子美国国旗一定遭殃倒霉了，出售星条旗的商店肯定发财了。信不信由你，此案判决后，美国国内焚烧国旗的事件几乎绝迹了。如果连烧国旗都合法，那烧它还有啥意思？由此看来，不让吃的饽饽才是最香的饽饽，古今中外似乎都是一个理儿。

（任东来）

# 25. 新闻自由与公正审判的两难抉择

## ——罗德尼·金诉洛杉矶市警察局案（1992）[①]

美国新闻媒体历来标榜客观中立，以揭露事实真相为职业的最高追求，其中司法新闻更是强调以事实为生命。但是，由于主客观因素的限制，新闻报道实际上不可能包括事实真相的全部细节，它只能接近事实，或者只能是一种有选择性的事实。回首往事，1992年洛杉矶市发生震撼全球的黑人大暴乱事件，与新闻媒体报道罗德尼·金（Rodney King）被殴案时对原始录像画面的剪裁取舍有直接关系。

### (一) 震惊全美的无罪判决

1991年3月3日，堪称美国当代史上悲喜交集的一天。是日，伊拉克政府宣布接受美国为首的联军提出的停火条件，第一次海湾战争正式结束。美军以148人阵亡、458人负伤的代价，取得了重创伊拉克军队42个师，一举收复科威特的空前胜利。同一天，在美国第二大城市洛杉矶，4名白人警察殴打黑人青年罗德尼·金的过程被人偶然摄人录像镜头，4名警察遂因刑事罪

---

① *People of the State of California v. Laurence Powell, Timothy E. Wind, Theodore Briseno and Stacey C. Koon* (1992). 说明，美国联邦和州所属司法部亦为联邦和州检察机关，并在刑事案中以公诉人身份出庭而成为诉讼当事人。

遭到加州地方法院起诉。

一年后，以白人为主的陪审团判决“被告无罪”。判决一出，当地黑人群情激愤，聚众闹事，烧杀抢劫，引发了一场震惊世界的大暴乱。短短几十小时内，54 人“阵亡”，2328 人受伤，1000 多栋建筑物被焚毁。瞅着那浓烟四起、满目疮夷的景象，令人整个儿感觉是置身于刚刚遭受过猛烈空袭的中东古城巴格达。

实际上，当得知无罪判决结果时，绝大多数美国人都深感惊讶、意外和愤慨。在长达一年多的时间里，4 名警察野蛮殴打罗德尼·金的录像画面，经 ABC、NBC、CBS 全美三大电视新闻网和有线电视新闻网（CNN）反复不断地播映，已经深深地印在了美国人的脑海中。民意测验表明，在看过电视录像的观众中，92%的人认为白人警察有罪。得知判决结果和爆发种族暴乱的噩耗后，当时的美国总统老布什（George Bush）大发雷霆，他叮嘱联邦司法部，一定要以违反联邦民权法的刑事罪重新起诉 4 名白人警察。

要说这事可真是有点儿怪了，既然看过电视新闻的绝大多数美国人，包括老布什总统，都认为警察恶迹昭彰，那为何以随机抽样方法从洛杉矶地区居民中挑选出的陪审团会一致裁决被告无罪呢？难道由 10 位白人、1 位亚裔和 1 位拉美裔组成的陪审团那天全都吃错了药吗？难道陪审团在法庭上看到的录像画面与其他人在电视新闻中看的不一样吗？

说出来可能都没人敢信，陪审团在法庭审判时看到的录像，的确与绝大多数美国人在晚间电视新闻中看到的录像画面不一样。在法庭上播放给陪审团看的证据录像中，有罗德尼·金在拒捕过程中攻击警察的镜头，而三大电视新闻网播放的电视录像，却把不利于金的镜头和画面全给掐掉了。换言之，新闻媒体用偏离事实真相的“司法新闻”误导民众，在法院做出判决之前，媒体已用被删剪的电视画面预先提供警察有罪的证据，致使绝大多

数民众在法庭审判前，就已认定涉案警察恶贯满盈，罪责难逃。因此，无罪判决一出，空前大祸从天而降。

在美国，刑事审判是公开进行的，任何人均可以旁听包括联邦最高法院在内的各级法院的每一次开庭。重大案件的全部审判档案，在结案后全部对公众开放。根据已公开的罗德尼·金案的档案和当事人的回忆，此案的背景和案发过程其实并不复杂。

## （二）借酒耍疯的超级壮汉

罗德尼·金1965年生于洛杉矶市，从小酷爱体育，棒球打得已接近职业选手水准，但学习一塌糊涂，中学没念完就退学当了建筑工人。罗德尼·金其人有两个与众不同的特点，一是身板儿强壮得像公牛；二是酷嗜烈性杜松子酒。他一旦喝多了，那野牛脾气比原公牛队悍将、NBA篮板王罗德曼（Dennis Rodman）还要邪乎。

金的身板儿到底有多强壮呢？这恐怕要跟两位著名的黑人篮球明星比较一下，才能让人有点儿感性认识。球技出神入化、人称"空中飞人"的原公牛队（Chicago Bulls）后卫迈克尔·乔丹（Michael Jordan），身高1.99米，体重195磅；体壮如牛、绰号"邮差"的爵士队（Utah Jazz）强力前锋卡尔·马龙（Karl Malone），身高2.08米，体重260磅。相形之下，罗德尼·金身高1.88米，体重250磅，浑身上下一点肥膘儿都没有，全是结结实实的疙瘩肉。经过与两位大牌球星的这番对比，如果有位证人在出庭作证时，把罗德尼·金描述为一个超级强壮的大汉，恐怕没人会否认吧。

金的野牛脾气到底有多邪乎呢？这也要举个例子才能让人有点儿感性认识。1989年11月某一天，他拿着一张价值一美元的食品救济券，来到一家美籍韩裔老板开的杂货店买一包口香糖。

那位韩裔老板一看是食品救济券，死活就是不卖。两个人为这点小事儿越吵火气越大，最后金勃然大怒，干脆就把这家杂货店给抢了，结果因抢劫罪被判入狱两年。

入狱后，金表现特别好，是监狱里的模范犯人。1990 年 12 月，狱方同意他假释出狱，监外服刑，条件之一是不能沾酒。金出狱后，找了一份建筑工的活儿，重新干起了卖力气的老本行。起初他还能控制自己，但时间一长，架不住酒肉朋友热情相劝，禁酒的假释条件逐渐忘到脑后，他重开酒戒，经常开怀畅饮，一醉方休。

1991 年 3 月 2 日晚上，金与他的两位黑人哥们儿在一起看了一场棒球比赛的电视转播，他一边看球一边痛饮，总共喝了三大瓶烈性杜松子酒。深夜，酩酊大醉、一身酒气的金东倒西歪，硬撑着驾车送哥们儿回家，在加州 210 号公路上超速飞驶。已经喝迷糊了的金一点也没觉察到，前方恰好有一辆加州公路巡逻处的警车。警车中的女巡警辛格（Melanie Singer）立刻拉响警笛，驱车紧追。一场震惊世界的都市大暴乱的序幕就这样拉开了。

霎时间，警灯闪烁，警笛嘶鸣，勒令金立刻停车。金的哥们儿在车内连声高叫：后面是警察，快停车！可是，罗德尼·金却跟没听见一样，借酒耍疯，玩命飞车，企图逃脱追捕。看来他半醉半醒，知道自己是一个有案底在身的假释犯，酒后驾车被警方抓获后，肯定不会有好果子吃。可是，一个头脑完全清醒的人应当明白，在高速公路上逃脱警方追捕的可能性微乎其微。而且，依照加州法律，假释罪犯酒后驾车并试图逃脱警察追捕，将被重罚。金本人后来对记者解释了当时拒不停车的原因，称自己在狱外大碗喝酒、大块吃肉的日子太幸福了，再也不想重蹲大狱。至于超速驾驶一事，金狡辩说，他当时并没注意看车速表，凭感觉，车速大约在时速 80 英里左右。

但辛格警官出庭作证时说，金当时的时速大约为 115 英里

(185公里）左右。这个车速是非常惊人的，要知道，美国陆军装备的眼镜蛇式武装攻击直升机，在满载兵器和弹药时的最高速度为时速141英里，而加州高速公路的限制时速为65英里。

在法庭审判时，金本人没有就超速驾驶、拒不停车等问题出庭宣誓作证，这是其律师给支的高招儿。律师担心，在酒后超速驾车和拒不停车两件事上，金并不占理，出庭作证肯定对他不利。至于后来挨打的经过，自有录像和医生报告为证，警方无法抵赖。如果金本人出庭为挨打一事作证，虽然有可能得到陪审团的同情，但被告律师肯定会借机盘问金，把他的犯罪前科和假释罪犯身份全部抖落出来，捎带着把金证词的可信度贬得一钱不值。反之，如果原告不出庭作证，按照加州法律，被告律师不得随意向陪审团透露原告的犯罪前科。

## （三）执法过当的白人警官

在辛格警官穷追不舍之下，金慌不择路，驱车拐进了市区的一条小路，谁料想，前方一辆大卡车已把路堵得严严实实。他试图弃车而逃，但警方早已布下了天罗地网，天上直升飞机盘旋轰鸣，地面20多辆警车围追堵截，金已是插翅难逃了。

辛格警官跳下警车，持枪在手，喝令无路可逃的逃犯立刻俯首就擒，那两位黑人哥们吓得魂不附体，连滚带爬，趴在地上只敢喘气，不敢吱声，按规矩将双手放在背后，老老实实地等着警官给戴手铐。但金却不想束手就擒，借着上来的酒劲儿，他迷迷糊糊地感到，这回恐怕是闯下大祸了，这么多警察围上来，天上还有直升飞机盘旋，再怎么折腾也难逃法网了，干脆破罐破摔，借酒耍疯，把警官气晕一个算一个。面对辛格警官的厉声警告，金毫无反应，时而原地摇摆跳舞，时而向空中的直升机招手致意，并扭动臀部模仿性交动作，嘻皮笑脸地挑逗渐渐逼近的辛格

警官。辛格警官气得七窍生烟，继续举枪向前，试图制服桀骜不驯的金。

就在这时，站在辛格警官身后不远的孔恩（Stacey C. Koon）警长突然大吼一声："停住"！原来，孔恩警长是洛杉矶市警察局刑警队的人，他从辛格的臂章符号上辨认出，女警官只是交通巡警，缺乏刑事警察训练，恐怕无法制服五大三粗、无法无天的拒捕醉汉。此外，在嫌犯手中无刀无枪的情况下，警方是不能轻易动枪的。听到吼声后，辛格警官回头一瞅，见是孔恩警长和他身旁的鲍威尔（Laurence Powell）等 4 位白人刑警，便知难而退，收起枪支退下阵来。

孔恩警长一挥手，4 位警官将金团团围住，步步紧逼，在口头警告无效之后，4 人蜂拥而上，试图将这个醉汉一举擒获。但金面无惧色，静候与 4 位警官贴身格斗。经过一番徒手较量，4 位警官竖着走过来，横着飞了回去，其中数肚皮已发福的鲍威尔警官跌得最狼狈。

孔恩警长见状大惊，在警告无效后，他启动了高压电警棍，想一举将金打翻在地。照常理，这五万伏电压的高压电警棍打下去，即使是 NBA 头号壮汉，身高 2.18 米、体重 330 磅的洛杉矶湖人队（Los Angeles Lakers）超级中锋侠客·奥尼尔（Shaquille O'neal）恐怕也会立刻被打趴下。可是，大大出乎孔恩警长的意料，金被打倒后，竟然转瞬之间就站了起来。[①] 孔恩警长惊呆了，慌忙中再次启动高压电警棍，但金却像刀枪不入的外星人一样，不仅倒地后眨眼功夫就重新站起，而且向鲍威尔警官猛扑过来。

鲍威尔警官见高压电警棍竟然都无法制服金，不由得又惊又怕，恼羞成怒，他顺手掏出金属警棍，没头没脸地向金的头部和

① 警方后来发现，孔恩警长使用的电警棍因故障造成电压不够高。

身体凶狠地打来。另外两位警官随后也参加了这场野蛮的殴打，并用警靴猛踢金。在旁边指挥的孔恩警长一个劲儿地高喊："不要打脑袋"、"打身体的关节"。[①]根据警方的内部规定，不到万不得已之时，应尽量避免重击嫌犯的头部，以求减少不必要的伤害和可能由此导致的巨额赔偿。可是，参与殴打的几位警官仍然劈头盖脸地瞎打乱踢。

在整个殴打过程中，警官们乱棍齐下，连打带踢，重击已倒在地上的醉汉金，远远超出了适度动武的范围。虽然警官喝令金趴在地上不动，按规矩将双手放在背后，但此时金不仅酩酊大醉，而且也被揍得晕头转向，他拒不服从命令，一直不停地滚动。这样，一直到警察打下第56记警棍之后，金总算清醒过来，告饶说："求求了，别打了"，并趴在地上不再动弹。警官这才停止殴打，上前给金戴上手铐，并立刻叫救护车把他送到医院急救室抢救。

金酗酒驾车，违规超速，耍蛮拒捕，警方若适度使用武力，将他打翻擒获，本在情理之中。可是，4个白人警察执法过当，凶神恶煞地集体痛殴一个黑人醉汉。据事后统计，警棍以平均每三秒钟两下的频率，劈头盖脸地乱舞横飞。这种棒打脚踢，定要打得当事人皮开肉绽、筋伤骨断、鲜血迸裂、奄奄一息才遂心称快的做法，可谓过恨过毒。在常人眼中，当年白人三K党徒私刑黑人也不过如此。

警官们做梦都想不到，殴打的过程竟然被人用摄像机偷拍了。原来，距殴打现场约30米处有一栋公寓楼，一位名叫霍利得（George Holliday）的公司经理住在二楼。3月3日凌晨，此公被直升飞机的轰鸣和刺耳的警笛吵醒，从窗户中，他看到一帮警

---

① Stacey C. Koon with Robert Deitz, *Presumed Guilty: The Tragedy of the Rodney King Affair*, Washington, D.C.: Regnery Gateway, 1992, pp. 41–44.

察围住了一个黑人，出于好奇，他拿起几天前才购买的一架索尼牌摄像机来到阳台，偷摄了一段时间总共为 81 秒钟的实况录像。

这段录像既没拍摄到金扭动臀部挑逗辛格警官的画面，也没拍摄到 4 位警官与金徒手格斗时横着飞了出去的丢人场景，更没拍摄到孔恩警长先后两次启动高压电警棍试图制服金的镜头。不早不晚，这段实况录象恰好从金向鲍威尔警官猛扑过来开始，到警官给不再动弹的金戴上手铐后结束。短短 81 秒钟录像，使霍利得一夜之间成为全美国最出名的业余摄像师。

## （四）有罪推定的新闻媒体

打人事件次日，霍利得给附近的警察分局打了个电话，说自己偶然拍摄到一段警察打人的录像，问警方是否有兴趣看看？谁知道，接电话的警官鬼迷心窍，竟然表示毫无兴趣。主动靠过去的热脸蛋却碰上了冷屁股，霍利得一气之下，便给 CNN 洛杉矶办事处打了个电话，但却没人接电话。为保证录像画面的新闻时效性，霍利得一急之下，决定主动送货上门，驱车把录像带送到了洛杉矶市的地方电视台 KTLA。

这可真是天上掉馅儿饼啊！正为收视率下跌发愁的 KTLA 电视台如获至宝，大喜过望，当机立断高价买下录像。经总裁拍板，编辑们把长度为 81 秒的原始录像删剪编辑为长度 68 秒的电视画面，即刻大张旗鼓地在黄金时段反复播放，同时将这一删剪过的录像提供给 ABC、NBC、CBS 三大电视网和 CNN，在两周内反复播放达数百次之多，使金被殴事件成为震撼全球的头号新闻。

值得注意的是，CNN 总部在录像播出三个星期之后，才知道 KTLA 提供的录像带删除了至关重要的部分，副总裁特纳（Ed Turner）遂下令，CNN 今后重播这条新闻时，应把被删剪的部分

补上。[1] 说来也巧，笔者当年正在美国大学读洋书遭洋罪，平时极少看电视，但有一天在学校的学生活动中心等人时，极为偶然地注意到，CNN 播出的打人事件新闻中有金拒捕的画面，总共也就是两三秒钟时间。可是，三大电视网和 KTLA 电视台在新闻节目中，仍然照播不误删剪过的录像。

在美国，三大电视网的新闻和娱乐节目都是免费的，KTLA 电视台的节目在洛杉矶地区也不收费，但 CNN 的电视节目却只有那些已购买了有线电视节目（Cable TV）的观众才能看到，而低收入阶层一般很少有人花额外的钱购买有线电视节目。而且，普通美国民众生活节奏紧张，即使花钱购买有线电视节目，其主要目的也是收看球赛实况、专门频道的电视节目和电影名片，每天认真收看 CNN 新闻的观众并不多，更很少有人会注意警察打人录像的微小差别。因此，真正知道原始录像被删剪一事的美国人，可以说微乎其微。

甚至就连老布什总统也被蒙在鼓中。与朝政疏理、“朝九暮三”（早晨9点上班，下午3点下班）的里根（Ronald Reagan）总统不一样，老布什总统宵衣旰食，事必躬亲，加上曾出任美国驻北京联络处主任和中央情报局局长的经历，新闻媒体便讥讽他是“国务院中国科科长兼中央情报局首席情报分析员”。老布什整天瞎忙，自然不会有闲功夫关注金案详情，更不会留意 CNN 新闻节目中电视画面的微小变化，所以才会在得知无罪判决消息时，大发雷霆。

这样，一个因假释罪犯超速飞车，借酒拒捕引发的警察执法过当的事件，由于新闻媒体的片面报导，一不留神，竟然演变为

---

① 引自 Lou Cannon, *Official Negligence: How Rodney King and the Riots Changed Los Angeles and the LAPD*, New York: Random House, 1997, p.24. 说明，当时 CNN 副总裁 Ed Turner 与总裁 Ted Turner 同姓不同名。

白人警察无故殴打手无寸铁、善良无辜的黑人这种全球震惊的践踏人权事件，4位白人警官随即被捕在押。在检察官帮助下，罗德尼·金趁势以刑事罪起诉洛杉矶市警察局，并在随后的民事赔偿诉讼中要求总金额为5600万美元的人身伤害赔偿，平均每挨一记警棍价值百万美元。

应当特别提到的是，在法院对这个刑事大案做出独立判决之前，新闻媒体实际上已经用被删剪的电视画面，对警察预先做出了有罪推定和有罪判决。致使绝大多数民众在审判前就已认定涉案警察罪大恶极、罪责难逃，为审判后出现的暴乱事件埋下了定时炸弹，最终酿成了一场美国历史上损失最惨重的城市暴乱。

人们自然会产生一个疑问：美国新闻媒体历来标榜追求事实真相，其中司法新闻更是强调以事实为生命，即然如此，KTLA电视台为何要用偏离事实真相的“司法新闻”误导民众，最终激起民变呢？

这个问题相当复杂，一言半语恐怕很难说清。由于种种主客观因素的局限，新闻报道实际上不可能包括事实真相的全部细节，它只能接近事实，或者只能是一种有选择性的事实。在新闻报道过程中，每一家媒体都会有自己“选择事实”的标准。从新闻理论角度而言，美国新闻媒体比较注重新闻的所谓“客观性”，强调大众传播媒介对新闻的报道应是一种不加分析和解释的具体事实报道，力求使事实真相与新闻媒体自身的倾向性有所区别。

但是，在美国这种高度商业化的社会里，大众传播媒介选择新闻的标准，通常具有严重的市场化趋向。为了提高收视率和在激烈的竞争中击败对手，新闻媒体特别重视新闻的刺激性和戏剧性，对一些有“市场价值”的新闻，详细报道，大加渲染。有的时候，新闻是什么并不重要，新闻会带来什么样的严重后果也并不重要，只有以耸人听闻的独家消息赢得读者或观众才是头等大事。以金案为例，警察打一个拒捕的假释罪犯不是什么了不起的

新闻，而白人警察无缘无故地野蛮殴打一个无辜的黑人，才会成为头号新闻。

问题的复杂性在于，商业性并非美国媒体"选择新闻"的惟一标准。一些自由派传播媒介人士认为，所谓客观中立、不偏不倚的新闻报道根本不存在。新闻媒体应当替天行道，为民请命，主动介入社会冲突，旗帜鲜明地表明自己的态度和倾向性，尤其应当为社会中那些极少有发言机会的弱势群体大声呐喊。对于那些恃强凌弱的政府官员和执法人员的昭彰恶迹，新闻媒体应予以毫不留情的揭露和抨击。

在一个民主社会中，法治的目的是为了防止统治者和执法者无法无天、为非作歹，而绝非是以严刑峻法从重从快地惩罚触犯刑律的小民百姓。政府执法官员历来是新闻媒体的重点监督对象之一。多年以来，洛杉矶市警方因部分警官涉嫌贪赃枉法，滥用权力，歧视黑人，与黑社会沆瀣一气而臭名昭著。这回警察野蛮殴打黑人的过程被偶然摄入镜头，昭彰在目，铁证如山，天理难容。新闻媒体在报道这一重大司法新闻时，自然觉得有义不容辞的责任，站在处于弱势地位的小民百姓一方。

那么，KTLA电视台擅自删剪原始录像，片面报道金被殴案，会不会因此而引发法律麻烦呢？一般来说是不会的。在美国社会中，新闻媒体被称为独立于总统、国会和最高法院之外的"第四权"，是美国各行各业中受宪法第1修正案保护的特别行业。所以，KTLA电视台天经地义、理所当然地拥有对任何原始录像进行删剪和编辑的权利。

经过删剪和编辑的录像虽然未能全面客观地报道殴打事件，对警方构成了一定程度的诬陷和诽谤，可是，根据最高法院1964年《纽约时报》公司诉萨利文案（New York Times Co. v. Sullivan, 1964）的判例，政府公职官员打赢这类诽谤官司的前提，是证明媒体的报道出于"真正的恶意"，致使公职官员打赢

这种官司的可能性微乎其微。再加上宣传工具全部掌握在私营新闻媒体手中，所以政府行政部门和警方对媒体的片面报道基本上束手无策。2000年夏天，南京大学—约翰·霍普金斯大学中美文化研究中心的任东来教授应邀考察洛杉矶市警察局（LAPD）总部时，曾特意就金案录像被删剪问题，与警察局副局长加斯肯（David J. Gascon）交流看法。加斯肯坦率地回答说，对于电视台的做法，警察局除了气愤和抱怨之外，别无它法。

## （五）前倨后恭的法院审判

由于新闻媒体口诛笔伐，大造声势，使金案未审之前就已闹得满城风雨。在美国社会中，新闻媒体对司法活动的大量报道，对于司法过程和司法权是一种强大的监督力量。应该说，大众传播媒介对司法案件的深入报道和舆论监督，对于增加司法透明度，监督法官判案，提高法院审判质量，促进司法公正，揭露司法腐败，培养公民法律观念和程序意识，起到了难以估量的重要作用。

然而，一个不容忽视的问题是，尽管主流媒体都标榜自己客观公正，但事实上仍然会受到不同的利益背景和价值取向的影响。新闻媒体固然可以反映民意，但它同样可以激起甚至制造民意。当法院处于新闻媒体所激起的公众舆论喧嚣包围时，强大的舆论有可能对公正审判造成巨大压力，使法院审判丧失公正性和独立性。正是由于存在这种危险，即使在崇尚新闻自由的美国，为了维护司法独立和正当程序原则，法院和法官历来都对新闻媒体抱有极大的警惕和戒备心理。著名的的霍姆斯大法官（Oliver Wendell Holmes Jr.，1902—1932任职），就以不读报纸而著称。

为了防止新闻媒体干扰法院独立审判，长期以来，美国法律规定，新闻媒体对法庭的审判活动只能进行文字描述，一般禁止

拍照录像和实况转播法庭审案过程。全美三大电视网和 CNN 对法庭审判过程进行报道时，所配画面通常只是法庭速写师提供的速写画。轰动一时的辛普森案的整个审理过程经电视实况直播，在美国司法史上是比较罕见的例外。1980 年代后，这方面的法律和规定有所松动，在一些州法院，一般由主审法官决定是否允许拍照录像和实况转播。但是，在各级联邦法院，限制仍然比较严格。

为了防止新闻媒体干扰和影响陪审团的独立判断，1966 年，最高法院大法官克拉克（Tom C. Clark，1949—1967 任职）在谢泼德诉马克斯威尔案（Sheppard v. Maxwell，1966）中指出："鉴于现代传播媒介无孔不入的煽动能力，以及将陪审员与有偏见的新闻宣传隔绝开来的困难，初审法院应采取强有利的措施，以保证法律之天平不会不利于被告"。克拉克法官裁定："将陪审团与外界相隔绝这件事，应该由法官主动向律师提出。在案件审理期间，如果偏见性的新闻报道造成刑事审判有失公正，法官应下令重新审判"。①

依照最高法院的判例，法院有责任防止新闻媒体干预公正审判。法官、律师和刑事案中的公诉人有责任挑选对案情"一无所知"的候选人出任陪审员，并使陪审团与媒体的新闻报道暂时隔绝开来。在审判期间，法官有责任告诫陪审员，不得接触任何媒体传播的新闻和消息，只能将法庭所展示的证据作为判决的惟一根据。此外，法官可以依法限制涉案人士与媒体接触，推迟案件审判时间，变更审判地点，改变管辖法院。在金案中，加州地方法院法官下令将审案地点由洛杉矶县迁到温杜纳县（Wentura County），对审判结果造成了一定影响。温杜纳县是洛杉矶地区

① *Sheppard v. Maxwell*, 384 U.S. 333, 362 - 363 (1966), http://laws.findlaw.com/us/384/333.html.

警务人员的聚居区，民性保守，对警方权威推崇敬仰，白人占人口总数 60%，黑人仅占 2%。在这一地区挑选出的陪审团，显然对被告比较有利。

在加州地方法院审判时，涉案警察聘请了一位经验丰富的刑事辩护律师。此公以如簧之舌告诉陪审团，警察群殴嫌犯完全是由于自身的紧张和恐惧。他声称，在多数情况下，因超速、闯红灯等小事违规，但却在警察尾追时拼命逃窜的嫌犯，绝大多数是重罪在身的亡命之徒或毒品贩子。这一猜测使警方从一开始就已处于高度紧张状态。另外，金异常强壮，在拒捕时不仅一人轻松打翻 4 名警察，而且抗住了高压电警棍的两次击打，当遇到这类难以制服的拒捕嫌犯时，警察动用警棍是合法的，法律不应追究警察的责任。被告律师指出，根据未经删剪的原始录像，当失去控制的金向鲍威尔警官猛扑过来，威胁到警官的安全时，他们才被迫挥动警棍。

然而，关键性的问题在于，当金被最初的一阵乱棍打倒在地，完全失去反抗能力之后，为啥警察还要继续施暴呢？这最后阶段的攻击是否有必要呢？被告律师根据录像慢镜头辩护说，金被打翻在地后，一直不停地滚动，并多次试图站起来，对警官的反复喝令置之不理，结果造成警察执法过当。[①] 对警察来说，如果不将拒捕案犯彻底制服并铐住，那等于是失职。此外，如果细看录像慢镜头，就可以发现，在雨点般打向金的 56 记警棍中，有 23 记打空了，根本不能算数。

被告律师还特别强调，如果金不拒捕，那么殴打事件根本就不会发生。对白人警察的一个极为有利的证据是，在案发之夜高

---

① 参见 Jewelle Taylor Gibbs, *Race and Justice: Rodney King and O. J. Simpson in a House Divided*, San Francisco: Jossey Bass Publishers, 1996, pp.46–47.

速逃窜的汽车中，还有金的两个黑人哥们，他们老老实实地遵循警察命令，结果毫发无损。由此证明，金的指控——白人警察出于种族偏见故意殴打无辜黑人——根本占不住脚。

可是，被告律师的这番滔滔雄辩，新闻媒体并未详细报道。原因之一是，在重大案件审判期间，法官可以下令控辩双方不得向新闻界透露案情，使审判过程不受社会舆论的监督和影响。然而，法官这种坚持司法独立的倨傲立场，却使庭外民众无法及时得知案情中那些有利于白人警察的证据，其后果是毁灭性的。

1992年4月，加州地方法院陪审团做出裁决，宣布四位警官无罪（对鲍威尔警官一项罪状的指控未定）。仅仅两小时后，熊熊大火在洛杉矶四处燃起，黑烟弥漫，枪声四起，很多人趁火打劫，涌进商店哄抢。法律和秩序彻底陷入瘫痪，四分之一的城区陷入火海，损失程度远远超过了60年代的黑人城市暴乱。更为严重的是，暴乱出现蔓延趋势，全国各大城市都出现动乱迹象。老布什总统不得不调动数万联邦军队和加州国民警卫队进入洛杉矶市平暴。

暴乱发生后，责怪和谩骂纷纷指向陪审团，陪审员被骂为纳粹种族分子。面对指责，一位隐姓埋名的陪审员辩解道："金显然是一个危险的嫌犯"，"同车的两位黑人遵纪守法，但金自始至终都在拒捕，所以警方别无选择"，"一直是金在主导整个殴打事件的过程"，"警察并不是天使"。[1]另一位不愿透露姓名的陪审员接受媒体匿名采访时说："如果仔细看录像的慢镜头，很多时候警棍并没有打到金身上"，"金受到的伤害不是那么严重"，"警察

---

① Sheryl Stolberg, "Juror Says Panel Felt King Actions Were to Blame", *The Los Angeles Times*, April 30, 1992.

的所作所为属于依法行事”。[①]

在一片混乱和愤怒之中，哪里还有人会注意听陪审员的解释。而且，1992 年是大选年，洛杉矶暴乱使老布什总统心急如焚。暴乱平息之后，白宫新闻发言人立即宣称，暴乱的许多根源，是 60 年代开始的那些失败的计划，含沙射影地把矛头指向了民主党总统约翰逊（Lyndon B. Johnson）当年的“伟大社会”计划。老布什总统本人则在电视上向选民信誓旦旦地保证，联邦政府将尽最大努力，以触犯联邦民权法的刑事罪名重新起诉 4 位白人警察。人所共知，美国是一个三权分立的国家。可是，老布什总统作为联邦政府行政部门首脑，在当时联邦大陪审团[②] 尚未就金案举行听证和做出起诉裁决时，竟然越俎代庖，宣布联邦政府将重新起诉白人警察，他大概是急昏了头。

值得注意的是，老布什总统宣布重新起诉警察一事，涉及到美国宪法中禁止“双重惩罚”（Double Jeopardy）的宪政难题。为了防止官府凭借手中特权，没完没了地任意迫害小民百姓，美国宪法第 5 修正案规定，任何人不得因同一犯罪行为而两次遭受生

---

① Seth Mydans, “Los Angeles Policemen Acquitted in Taped Beating”, *The New York Times*, April 30, 1992.

② 美国司法制度中的陪审团，主要分为两种。一种是大陪审团，通常由 23 人组成，他们不负责裁定被告是否有罪，或是被告触犯了哪些法律。大陪审团的主要责任，是负责案情的前期调查，传唤与案件有关的人证和物证，决定对一些有争议性的重大案件是否应当立案起诉。当大陪审团作出起诉的裁定后，就自动解散，由检察官接手继续办案。另一种是小陪审团，通常由案发所在地区的 12 位公民组成，负责对刑事以及民事案件中的被告人是否构成刑事犯罪或民事侵权作出裁决。如果裁决无罪或不构成侵权，审判即告结束。如果裁定有罪或侵权成立，则由法官依法量刑，作出司法判决。建立大陪审团制度是为了制约检察官的权力。建立小陪审团制度是为了制约法官的权力。

命和身体的危害。宪法第7修正案规定，除非依照习惯法规则，联邦法院不得重新审查经陪审团裁决的事实。具体地说，在刑事案件中，经陪审团做出的无罪开释裁决是不可改变的。比如，加州地方法院陪审团在辛普森案中做出无罪裁决，即成为该案的终审裁决，控方不能上诉。以后即使发现了新的证据，州地方法院和联邦法院都无法立案重审辛普森。但是，控方可以在民事法庭以民事罪名重新起诉，要求经济或伤害赔偿。

那么，为什么老布什总统敢放出大话，声称联邦政府将重新起诉已被加州地方法院陪审团无罪开释的4位警察呢？原来，这里也有例外的情况。根据最高法院1922年对美国诉兰扎案(United States v. Lanza，1922)[①] 的裁决，在某些极特殊情况下，双重惩罚并不违宪。例如，在20世纪60年代，南方佐治亚州由白人组成的陪审团出于种族偏见，使杀害黑人的白人三K党徒在罪证确凿的情况下，仍然被陪审团无罪开释。在民权团体的压力，联邦政府终于忍无可忍，被迫强行介入，在联邦法院以侵犯民权的特殊刑事罪名重审此案，终于使涉案的三K党徒受到惩罚。这样，尽管金案中的白人警察不是三K党徒，他们涉嫌触犯的刑律只是执法过当，但联邦法院在政治压力之下，仍然可以根据几乎毫无相似之处的先例起诉4位警察。警察的薪水不高，没钱聘请著名宪法律师上诉喊冤。此外，洛杉矶市警察局和市政府都拒绝为涉案警察付律师费，一向热衷于帮助弱者打官司，将侵犯公民宪法权利的案件上诉到联邦最高法院的美国公众自由联盟，这回一声不吱，假装啥也没看见。4位警察只能自认倒霉。

这样，金被殴一案，实际上已沦为一个政治案。联邦政府忧心忡忡，担心再有一次无罪判决，将有可能激起全国规模的黑人

① *United States v. Lanza*, 260 U.S. 377 (1922), http: //laws.findlaw.com/us/260/377.html.

暴乱。依照美国司法制度常例，涉及重要案件的陪审团的挑选程序极为严格，候选人会收到厚达数十页的问卷，其中包括一百多条不容躲避的问题，涉及家庭成员职业以及对警察、嫌犯和少数族裔的看法等敏感问题，借以判定陪审员是否持有公正和中立的立场。可是，在重审案中，联邦地区法院的主审法官一反常规，禁止被告律师向陪审团候选人提出诸如“你是否有勇气坚持与绝大多数人意见相左的立场”之类的问题。[①] 可以说，联邦地区法院从一开始就定下了死活也要把“民愤极大”的白人警察定罪的基调。

经过长达一年时间的审理，1993 年 4 月，联邦地区法院小陪审团做出裁决，4 名警察中的鲍威尔警官和孔恩警长被裁定有罪，另外两名警察则被无罪开释。判决之后，全国各地风平浪静，联邦政府总算如释重负。根据联邦法规和惯例，触犯联邦民权法的刑事罪犯，至少应被判处 6 年有期徒刑。可是，联邦地区法院法官在依法量刑时，却动了一点儿恻隐之心，只给两位警官判了两年半有期徒刑。全美各地民权团体闻讯大怒，坚决要求联邦司法部向分管加州地区的联邦第 9 巡回上诉法院上诉。

1994 年 4 月，金在州法院的民事赔偿案（Rodney King v. City of Los Angeles）中胜诉，获得了总额高达 380 万美元的伤害赔偿，摇身一变成为百万富翁。1995 年 1 月，联邦第 9 上诉法院在压力下做出判决，判定联邦地区法院对有罪警察判刑过轻，下令重新量刑，加重刑罚。重刑威胁之下，因律师费已负债累累的孔恩和鲍威尔警官痛下决心，宁可砸锅卖铁，倾家荡产，也一定要聘请大牌律师，向联邦最高法院喊冤叫屈，请求大法官主持公道。1996 年 6 月，联邦最高法院以 9 比 0 票对孔恩诉美国案（Koon v.

---

① Lou Cannon, *Official Negligence: How Rodney King and the Riots Changed Los Angeles and the LAPD*, New York: Random House, 1997, p.489.

United States, 1996)[①]做出裁决，以警察违法打人与金拒捕有关系为理由，推翻了联邦上诉法院关于对警察加重刑罚的裁定。轰动一时的罗德尼·金案终于降下了帷幕。

坦率地说，罗德尼·金被殴案触发洛杉矶大暴乱的缘由极为复杂：美国经济全球化导致大都市地区黑人劳工阶层大量“下岗”失业，失去了基本生活保障；里根执政时期大幅度削减福利计划，致使贫富悬殊恶性发展；黑人贫困社区长期遭受忽视，犯罪率居高不下；司法制度弊端丛生，警察执法犯法、滥用权力现象极为普遍。然而，一个不容忽视的重要原因是，新闻媒体呼风唤雨，大造声势，用删剪过的录像和偏离事实真相的“司法新闻”误导民众，在某种意义上一手导演了这场前所未有的都市大暴乱。而金本人又集前科罪犯、拒捕嫌犯和暴力受害者于一身，充分反映出美国社会中种族矛盾和民主制度的复杂性和多面性。

美国最高法院大法官布莱克（Hugo L. Black，1937—1971 任职）有句名言：“言论自由与公正审判是我们文明中两种最为珍贵的东西，实在难以在二者之间取舍”。[②]罗德尼·金被殴案反映出的诸多问题，正是这种两难困境的真实写照。

（陈伟）

① *Koon v. United States*, 000 U.S. U20014 (1996), http://laws.findlaw.com/us/000/u20014.html.

② *Bridges v. California*, 314 U.S. 252, 260 (1941), http://laws.findlaw.com/us/314/252.html.

# 26. 程序公正与“世纪审判”

## ——橄榄球明星辛普森涉嫌杀人案（1995）[1]

橄榄球超级明星O.J.辛普森（Orenthal James Simpson）涉嫌杀人案，震惊全美，堪称20世纪美国社会中最具争议的世纪大案之一。不少人认为，辛普森腰缠万贯，不惜花费重金，聘请了号称天下无敌的“梦幻律师队”（Dream Team）为自己开脱罪名。这帮律师唯利是图，凭着三寸不烂之舌，利用美国社会中的种族矛盾以及刑事诉讼程序中的漏洞，把“血证如山”的检察官和警方证人驳得目瞪口呆，最后说服了陪审团全体成员，把杀人凶手无罪开释。这场为全球媒体瞩目一时的“世纪审判”（Trial of the Century），无疑是对美国司法制度的极大讽刺和嘲弄。

然而，事过多年之后，根据已公布的辛普森案档案和涉案当事人的回忆，人们惊奇地发现，洛杉矶市警方在调查案情过程中，未能严格遵循正当程序，出现了一系列严重失误。致使辛普森的律师团能够以比较充足的证据向陪审团证明，辛普森未必就是杀人元凶，很有可能有人伪造罪证，用栽赃手法嫁祸辛普森。

### （一）有钱未必能使鬼推磨

谈起辛普森一案，无论黑人白人都承认，假如辛普森是个雇

---

① *The People of the State of California v. O. J. Simpson*, 1995.

不起一流律师的穷光蛋，那他非进大狱不可。这就叫“有钱能使鬼推磨”，古今中外都是一个理儿。可是，如果细琢磨一下，这个理儿好像又有点儿说不通。原因在于，若是论有钱，大名鼎鼎的拳王泰森（Mike Tyson）比淡出体坛多年的辛普森有钱得多。可是，1997年泰森因涉嫌强奸遭到起诉后，尽管他同样花费天文价格，聘请了一帮名律师出庭辩护，但仍然无法摆脱被定罪的命运，在大狱里结结实实地蹲了好几年。那么，何以泰森落入正义之网，而辛普森却能逍遥法外呢？

有一种解释是，泰森案陪审团以白人为主，而辛普森案陪审团成员多为黑人。黑人特别抱团，自然会偏向黑人球星。但是，这个说法同样不能完全令人信服。因为辛普森案的12名陪审员中，虽然有9名是黑人，但其中却有8位是女性。一些研究陪审团的专家认为，这一构成对辛普森特别不利。根据美国学者对“黑人女性最讨厌啥样儿的黑人男性”这一社会学课题的统计和调查，最让黑人女性来气的黑人爷们儿有两种：一种是出名发财后立马就娶一个白妞儿当老婆的烧包；一种是动不动就对媳妇拳打脚踢的粗汉。而辛普森恰好把这两种坏样儿全占了。

辛普森于1947年生于旧金山市的黑人贫困家庭。他曾获得全美大学橄榄球联赛的最高荣誉奖——海斯曼奖。进入职业联赛后，他先后在纽约水牛城鹰嘴队（Buffalo Bills）和旧金山淘金者队（San Francisco 49ers）担任主力，创造过一个赛季带球冲刺2003码的惊人记录（至今未被打破），被誉为橄榄球职业比赛史上的最佳跑锋。退出体坛后，辛普森又投身影视和广告业，在电影《裸枪》（Naked Gun）和《杀手势力》（Killer Force）中扮演主角；在美国广播公司（ABC）和国家广播公司（NBC）担任体育评论员；在美国最大的出租车公司赫兹（Hezz）担任形象大使。另外，由于英文橙汁（Orange Juice）一词的缩写恰好与辛普森名字的缩写O.J.一样，所以佛罗里达一家饮料公司特意邀请他拍

摄橙汁的促销广告，使 O.J. 这个英文缩写成为美国体育英雄和超级广告明星的代名词。

辛普森成名之后，一向有“花花公子”和“外黑内白”的名声。与空中飞人乔丹（Michael Jordan）和魔术师约翰逊（Magic Johnson）等著名黑人球星不同，辛普森对赞助黑人贫民区的活动和投资项目毫无兴趣，却热衷于跻身富有白人的高尔夫球俱乐部。除了幼年好友柯林斯外，他的哥们儿无一例外都是白人，同时，他也只对白人性感女郎感“性趣”。为了“脱黑”，他甚至不惜重金聘请语音校正专家，反复练习，改掉了一口浓重的黑人贫民区口音。1977 年，辛普森在一家高级餐厅与漂亮迷人、金发碧眼的白人女侍者妮可·布朗（Nicole Brown）一见钟情，不久便与第一任黑人妻子离异。1985 年辛普森与妮可结婚后，因妮可怀疑他在外面有“二奶”，两人关系开始出现裂痕。妮可曾多次打电话报警，指控辛普森对她拳打脚踢。

辛普森案后，几位黑人女性陪审员一再表示，她们并未因被告是黑人而影响裁决，或对被告产生任何个人好感[1]。在扬名天下、腰缠万贯之后，辛普森休掉黑人糟糠之妻，另娶白人金发女郎一事，极大地伤害了全美黑人女性的自尊心；而辛普森打骂白人妻子的粗暴行为，更使普天下不分肤色的所有女性不寒而栗。另外，在美国的刑事案审判中，12 名陪审员中只要有 1 人持有异议，就会出现“死锁”（Dead Lock）现象，即所谓“悬而未决的陪审团”（Hung Jury）。在此情况下，法院要重定开庭日期，控辩双方要重选陪审员听证和审案。所以，辛普森案陪审团做出被告无罪的一致判决，与黑人构成陪审团主体并无绝对和必然的关系。

---

① Armanda Cooley, Carrie Bess and Marsha Rubin - Jackson, *Madam Foreman: A Rush to Judgment?* New York: Dove Books, 1995, pp.182 - 185.

那么，陪审团究竟凭啥得出了被告无罪的一致结论呢？依照美国法律，作出判决的惟一依据只能是证据。美国是一个司法公开的国家，不仅刑事审判对公众开放，而且重大刑事案件的原始档案，如法庭记录、起诉书、证人供词、审问笔录、旁证材料、法医鉴定书、检方和辩方律师的开庭陈词和总结陈词等，在结案后都要全部对公众开放。根据已公布的辛普森案档案，陪审团之所以判定辛普森无罪，与警方和检方在办案和起诉过程中出现重大失误，使呈庭证据无法令人信服有直接关系。

## （二）警方办案三大失误

尽管辛普森案是所谓世纪大案，但是，从这个凶杀案的刑事调查过程来看，洛杉矶市警方在侦破案件、搜集罪证、遵循正当程序等方面漏洞百出，涉案警官和刑事检验人员的专业素养实在令人不敢恭维。[①] 根据已公开的刑事调查记录和涉案当事人的回忆，警方在办案过程中至少出现了三个重大失误，对这个谋杀案的结局产生了极大影响。

(1) 忽视现场勘查常识

1994年6月12日深夜11点50分，在洛杉矶市西区邦迪街(Bundy)，一条名贵的纯种日本狼狗狂吠不已，爪子上沾满血迹，使一对散步的美国夫妇心生疑惑，尾随这条狼狗，来到一座西班

① 由于缺乏经费和待遇不高，美国各州警察和刑事检验人员的素质普遍平平。相对而言，联邦调查局（FBI）在刑事侦查、证据检验和遵循正当程序方面口碑较好。FBI挑选和录用特工的标准极高，每年大约有10万美国人申请加入FBI，但被录用者仅为100余人。当年尼克松从杜克大学法学院毕业后，曾申请FBI的职位，却被拒之门外。有人开玩笑说，当个FBI特工比当美国总统还难。

牙式高级公寓楼前，结果发现了两具鲜血淋漓的尸体。他们吓得魂不附体，立刻狂敲隔壁住家大门，想借电话报警。但是，深更半夜的敲门声，却把宅主吓得半死，以为来了劫匪，便立刻打911电话报警。洛杉矶市警署两位警官接警后，火速赶到现场，发现是一宗恶性人命案后，他们便呼叫重案处的刑警前来增援。

大批刑警赶到现场后，经初步调查，证实被害的白人女子35岁，名叫妮可，是黑人橄榄球明星辛普森的前妻；被害的白人男子25岁，名叫戈德曼（Ronald Goldman），是附近一家意大利餐馆的侍者。两人皆因利刃割喉致死。妮克的脖子几乎被割断，咽喉和颈椎骨都裸露在外，刀口喷着鲜血；戈德曼身中30余刀，死于颈部静脉断裂和胸腹腔大出血。凶杀现场血腥弥漫，惨不忍睹。辛普森与妮可的两个孩子尚在二楼熟睡，没有目睹这可怕的场面。

死者身份辨明后，西区警察分局局长布歇（Keith Bushey）决定，派几位刑警赶赴相距约4公里的辛普森住宅，通知他前妻遇害但孩子无恙的消息，并让辛普森着手把两个受惊的孩子带回家。另外，警方考虑到辛普森是被害人前夫，他的安全也在警方的关注之中。这时，一位名叫福尔曼（Mark Fuhrman）的白人刑警自告奋勇，要求带队前往。在1985年的一次家庭纠纷中，妮可被辛普森殴打后报警，福尔曼曾上门处理过他们的家庭暴力案件，知道辛普森住宅的准确地址。于是，主持调查凶杀案的瓦纳特（Philip Vannatter）警长便率领福尔曼等四名警探驱车前往辛普森住宅。

布歇局长的这一决定，铸成了警方的第一个重大失误。因为前去的四位白人警官都曾进入过血迹遍地的第一杀人现场勘察，他们的警靴和警服上很有可能已不小心沾染了血迹。照常理，布歇局长应当派几位压根儿就没进入过第一现场的警官去通知辛普森，防止第一现场的血迹与后来被警方宣布为第二现场的辛普森

住宅的血迹发生交叉沾染，这是刑事案现场勘查的基本常识。可是，警方在辛普森案中却完全忽视了这种常识。

在采集证据和保护现场方面，警方也出现了很多忽视常识的重大失误。案发之后，大批刑警和刑事检验人员迅速来到现场，但法医却姗姗来迟，在案发10小时后才来到现场，错过了准确地鉴定被害人死亡时间的最佳时机。法医在解剖尸体时，不但没对尸体进行X光检查和采集妮克的右手指纹，而且对妮可死亡前是否受到性侵犯未作任何医学鉴定，致使破案线索大大减少。为了“保护”现场，警方人员顺手从妮克的公寓中拿了几条白被单，小心翼翼地盖在了尸体之上。可是，由于辛普森与妮克离婚后仍然藕断丝连，案发数周前他曾在妮克公寓过夜，并经常来公寓看望孩子，被单上难免会有他的头发或皮屑，结果致使检方呈庭的DNA证据[1] 的可信度大打折扣。

根据案发现场照片，辩方专家发现，妮可尸体裸露的肩膀上有七点血滴。从这些血滴的形状和滴落方向看，它们不可能是妮可本人滴落的。根据常识推理，这些血滴很可能是妮可倒地后，有人流着血从她尸体旁走过时滴落的。因此，如果这些血滴不是来自另一名被害人戈德曼，那一定就是凶手滴落的。这样，如果能证明这些血滴属于辛普森，那么他的嫌疑便倍增。可是，当辩方专家向警方检验人员提出查验这些血滴时，他们深感惊讶，因为警方完全忽视了这些血滴的重要性。妮可的尸体在解剖前已进

---

① DNA（脱氧核糖核酸）是一种人体细胞中的遗传物质，它所携带的遗传信息极为独特，可以被当作人类的遗传指纹。在刑事案中，检验专家可以从现场发现的血迹、唾液、精液、毛发、皮屑中提取DNA，然后与从嫌犯身上提取的DNA相比较，检验是否吻合。DNA测试是一种最新的法庭科学，美国于1987年开始在法庭审判时应用。

行冲洗，这些血滴永远消失了。[1]

(2) 警方涉嫌非法搜查

6月13日清晨5点，四位白人刑警来到建有围墙的辛普森住宅。他们在前门按了很久电铃，但一直无人应门。这时，福尔曼独自一人，沿围墙搜索了一圈，发现围墙后门的路上停着一辆白色福特野马型越野车。经细心观察后，福尔曼高声叫瓦纳特警长过来察看，说在驾驶员位置的车门把手上发现了微小血迹。温纳特和另两位警官看到血迹后大惊失色。他们担心住宅内的人有生命危险，便决定进入住宅，进行紧急搜查。

这一搜查之举，对这个世纪大案的结局产生了很大影响，因为警官们当时没有搜查许可证。依照美国的司法观念，警察是一种合法的暴力和必要的邪恶，对这一机构的权力必须予以严格限制，否则它将沦为专制暴君和贪官污吏祸国殃民的工具。想当年，为了防止官府和警察为非作歹，滥用权力，任意搜捕和祸害小民百姓，美国宪法第四条修正案明文规定：“人民的人身、住宅、文件和财产不受无理搜查和扣押的权利，不得侵犯。除依据可能成立的理由，以宣誓或代誓宣言保证，并详细说明搜查地点和扣押的人或物，不得发出搜查或扣押状”。西谚中“私宅就是一个城堡，风可进，雨可进，国王不能进”的提法，就这样具体地落实在美国宪法第四修正案中。

1914年，美国最高法院在威克斯诉美国案（Weeks v. Unites States, 1914）中首次明确规定，联邦法院在审判时，必须排除警方用非法搜查手段取得的证据，这是美国警方人人皆知的“排除规则”（Exclusionary Rule）。1961年，最高法院在迈普诉俄亥俄州案（Mapp v. Ohio, 1960）中规定，“排除规则”同样适用于各州

---

① 李昌钰口述、邓洪整理：《神探李昌钰破案实录》，台北：时报文化出版企业股份有限公司，1998年版，第213页。

法院。据此判例，警务人员若要进入民宅搜查，必须首先向法官宣誓担保，不但要以书面形式列举证据和理由，而且要详细说明搜查的地点、范围和时间。经法官审核批准，颁发许可证之后，才能进入民宅搜查。另外，警察只能在许可证规定的范围内行动，并应在搜查后向法庭提交所获证据报告。警察如果违法搜查，不但会受到警纪严惩，而且会造成所获证据在法庭审判时一概作废的严重后果。法官如果违规颁发搜查证，将面临被弹劾和遭到刑事起诉的危险。

在美国的司法判例中，涉及搜查和扣押的规定千变万化。几乎在每一起刑事案中，辩方律师的首要工作，就是挑战警方搜查和采集证据的程序是否合法。但是，有关搜查的法律法规极为复杂，缺乏清晰明确的规定。比如，警察拦截和搜查平民违法，但是，如果有人超速驾车，则警察有权拦截驾车人并开出罚单。但如果警察趁机要求搜身和搜车，则驾车人有权当场拒绝。可是，如果警察无意中在车后座发现了类似大麻的烟蒂，在没有搜查许可证的情况下，警察是否有权搜车？如果警察搜遍全车后没发现毒品，却意外地发现了非法枪枝，那么，警方的搜车行动是否违宪？搜获的非法枪枝是否能作为呈庭证据？对于这些法律问题，只能由法官在法庭审判时审时度势，酌情裁决。

20世纪60年代后，由于犯罪率急剧上升，“排除规则”遭到美国社会各界极大指责。批评者认为，过于严格地实施“排除规则”，将会给警方破案造成极大困难。在很多情况下，仅仅由于警方粗心大意或急于求成，未能严格遵循程序，致使很多罪犯在铁证如山的情况下逍遥法外。尼克松总统执政后，先后任命了四位保守派人士出任大法官要职，试图推翻或修正“沃伦法院”那些对罪犯“心慈手软”的判例。此后，最高法院对“排除规则”的解释略有改变。1984年，在美国诉里昂案（United States v. Leon，1984）中，最高法院规定，当搜查不完全合乎程序要求

时，如果警方的所作所为具有“良好诚信”（Good Faith）和“合理相信”（Reasonable Belief），法院在审案时可以引用搜获的证据。

在辛普森案中，涉案四名警官皆为老手，每人都有20年以上刑事侦查经验。对于限制警方搜查的案例和法规，他们恐怕比初出茅庐的律师还要精通。他们都应明白，美国诉里昂案的裁决虽然对警方有利，但这个判例对所谓“良好诚信”和“合理相信”的解释模棱两可、含糊不清。而体坛巨星辛普森涉嫌杀人一案，毫无疑问将是轰动全美的世纪大案。为了防止被辩方律师钻空子，警方应当格外谨慎，严格遵循法律程序。

在辛普森案中，从当时福尔曼发现血迹和长时间无人应门的情况看，四位警官擅闯民宅之举，勉强可以算是具有“合理相信”。但是，警官们进入住宅后，一旦发现辛普森及其家人没有生命危险，就应停止搜查。只有当与法官取得联系，申请到搜查许可证后，才能对辛普森住宅进行合法搜查。但令人费解的是，在没有面临迫在眉睫危险和非紧急情况下，福尔曼警官独自一人，迫不及待地在辛普森宅内继续搜查，结果铸成了警方在此案中的第二个重大失误。

决定进入住宅后，福尔曼自告奋勇，抢先翻越围墙，从里面打开前门，四位警官便直奔豪宅。可是，按了很久的电铃，仍然无人应门。于是，他们绕行到住宅后边，去三间独立客房敲门。在第一间客房，有一位睡眼惺忪的白人出来应门，他自称是辛普森的哥们儿，名叫凯林（Kato Kaelin）。他告诉警察，辛普森和第一任黑人太太生的大女儿住在隔壁第二间客房。当刑警们把辛普森女儿从梦中敲醒后，瓦纳特赶紧向她询问辛普森的去向。她回答说，父亲已于昨夜赶搭飞机到芝加哥，参加一场赫兹公司很早就已安排好的高尔夫球商业比赛。警官当即打长途电话给辛普森，告知他前妻遇害的噩耗。辛普森闻讯大惊，表示将迅速赶回

洛杉矶。

当瓦纳特等人询问辛普森女儿和打电话时，福尔曼在隔壁单独盘问凯林，打听昨晚有无异常情况。凯林称，大约在晚上10时45分左右，他听到客房背后一声巨响，墙壁上的挂画都被震动得摇晃起来，他当时以为是轻微地震，没放在心上。福尔曼疑心大起，立即单枪匹马到客房后搜查。大约18分钟后，福尔曼高声叫来其他刑警，说在屋后悬挂式空调机下的走道上，发现了一只沾有血迹的右手黑色皮手套，这只手套与在凶杀案现场发现的另一只手套相配。但是，在血手套现场没发现其他血迹以及可疑的脚印和痕迹。福尔曼解释说，估计在半夜三更、黑灯瞎火之时，凶犯潜逃在屋后，一不留神撞在了空调上，在惊慌失措中遗落了手套。①

发现血手套后，刑警们又找到了更多线索。他们发现，在围墙前门车道，以及从前门通往住宅大门的小道都有血滴的痕迹。这样，警方认为已有足够理由怀疑辛普森是凶杀嫌疑，便宣布辛普森住宅为凶杀案第二犯罪现场，正式向法官申请搜查许可证。在后来的搜查中，福尔曼在二楼卧室的地毯上发现了一双沾有血迹的袜子，它成为指控辛普森涉嫌杀人的重要证据之一。

可是，在没有搜查许可证和非紧急情况下，福尔曼独自一人在辛普森住宅中大肆搜查一事，给警方造成了涉嫌违反正当法律程序的严重问题。依照美国法律，在某些人命关天的特殊情况下，警官可以用电话或其他现代化通讯手段与法官取得联系，法官了解现场情况后，可以口头授权警察进行搜查。只有在面临生命危险或罪证可能被销毁的紧急情况下，警察才能破门闯人民宅搜查。可是，警官们进入辛普森住宅后的境遇并非如此。

---

① Mark Fuhrman, *Murder in Brentwood*, Washington D.C.: Regnery Publishing, Inc., 1997, pp.31 – 32.

在预审时，辩方指控4位白人警官心怀偏见、先入为主，早在案发之初，就已把辛普森内定为主要嫌犯，然后故意寻找借口，闯入民宅非法搜查。这样，假如法官判决警方违宪，则搜获的血迹和血手套都会成为“压下不用的证据”（suppressed evidence），不能在审判时呈堂。但法官听取了警方的辩解后，裁决搜查行为合法。尽管如此，在庭辩期间，面对辩方律师的穷追猛打，福尔曼死活也解释不清，作为一个有多年刑事侦察经验的老手，在非紧急情况下，明知没有搜查许可证，为何仍然独自一人在住宅内搜查？辩方借此怀疑，福尔曼之所以急不可耐地闯入搜查，很可能是为了借机伪造证据，用栽赃手法嫁祸被告。

(3) 警官携带血样返回现场

6月13日中午12点，当辛普森从芝加哥匆忙赶回洛杉矶时，警方已封锁了他的住宅。主持调查的瓦纳特和兰吉警官让他到警署总部来一趟，澄清一些疑点，辛普森便随口答应。这时，辛普森的私人律师要求随同前往，但辛普森坚持说，自己与凶杀案绝对无关，用不着律师。在盘问开始之前，瓦纳特向辛普森宣读了“米兰达告诫”，提醒他有权保持沉默，有权请律师在盘问时在场。但辛普森同意放弃沉默权，独自一人与两位刑警谈了半个多小时，希望能给警方提供一些破案线索。

照常理，如果辛普森是杀人凶手，沾有血迹的手套和袜子还遗留在客房后和卧室地毯上，杀人时刺破的手指伤口未愈，就是借他10个胆，恐怕他也不敢在没有律师在场的情况下，单枪匹马地与经验丰富的刑警周旋。在案发当天那种心绪激荡、大受刺激的情况下，如果他在盘问过程中颠三倒四、自相矛盾、谎言连篇、破绽百出，他的口供将成为检察官指控他犯罪的重要证据。在美国社会中，犯罪嫌犯拥有沉默权的“米兰达告诫”家喻户晓。如果心怀鬼胎，他完全可以依法拒绝审问，或者至少要求律师在审问时坐镇压惊。但是，辛普森并没这样做。

令人啼笑皆非的是，警方白白浪费了单独审问辛普森的千载良机。在多年的破案生涯中，警官们似乎已习惯于榆木疙瘩般一声不吱的嫌犯，极少碰到过嫌犯自愿放弃沉默权的好事，结果，把盘问嫌犯的谋略和技巧忘得一干二净。在审问过程中，两位刑警非常客气，没有盘问辛普森在案发之日的具体行踪，他们提出的问题既缺乏逻辑又不连贯，远远低于警校低年级学生的水准。按常理，警官们应当刨根问底，穷追猛打，尽可能套出更多的口供，把盘问一直进行到辛普森不愿回答问题或请求律师在场时为止。可是，警官们竟然草草收兵，主动结束了审问。这样，警方既没得到任何破案线索，也没得到任何可以用来起诉辛普森的口供。为此，事后主持起诉的检察官气得七窍生烟。

在审问过程中，瓦纳特告诉辛普森，警方已在他的住宅内发现了一些可疑血迹。辛普森当即表示，愿意提供自己的血液样品，以便澄清真相。于是，警署的护士便从辛普森身上抽取了血液样品。按常规，为了防止血样凝固和变质，警方在辛普森的血样中添加了防腐剂（EDTA）。这时，瓦纳特注意到，辛普森左手用绷带扎住，且有肿胀迹象。辛普森解释说，手指不知咋整的弄破了。对于弄破的具体时间，他解释得含含糊糊，前后矛盾。征得辛普森同意后，瓦纳特指挥摄影师将伤口拍摄下来。值得一提的是，辛普森此时仅是犯罪嫌疑人，法官虽已颁发搜查许可证，但尚未正式颁发逮捕令。辛普森如果心里有鬼，他完全可以拒绝与警方合作，拒绝抽取血样和拍摄伤口照片。

令人难以置信的是，得到辛普森的血样后，瓦纳特警长并未将它立即送交一步之遥的警署刑事化验室，反而携带血样回到了32公里以外的凶杀案现场。说出来可能没人敢信，天下竟然有如此荒唐的刑警，瓦纳特那天手持血样，在血迹遍地的凶杀现场遛达了三个小时之后，才磨磨蹭蹭地将血样交给正在现场取样勘查的刑事检验员丹尼斯·冯（Dennis Fung）。在庭审时，面对辩方

律师的质问，瓦纳特解释说，根据工作条例，所有证据必须先登记编号，然后才能送交刑事化验室存档。而丹尼斯·冯正是负责登记编号的警员，所以他才携带血样回到了犯罪现场。[①] 可是，辩方死死抓住这个重大疑点，大加渲染。辩方律师卡克伦把瓦纳特和福尔曼贬称为一对大骗子。使陪审团对警方涉嫌违法乱纪、栽赃陷害的疑虑大大加深。

瓦纳特身携血样返回第一犯罪现场，铸成了警方在此案中第三个重大失误。在庭审时，警署护士出庭作证时说，他那天从辛普森身上抽取了大约7.9至8.1毫升血液样品。可是，辩方专家在警方实验室只发现了6.5毫升的血样。换言之，大约1.4至1.6毫升的辛普森血液样品竟然不翼而飞。辩方借此怀疑，瓦纳特携带血样回到第一犯罪现场，很可能是为了借机伪造证据。[②]

## （三）公路追捕与刑事起诉

警署审问和抽取血样之后，辛普森得知自己已沦为头号嫌疑罪犯。为了避开新闻媒体的骚扰，他暂时躲在一位律师朋友位于半山腰的神秘豪宅中，开始筹组"梦幻律师队"。他借用橄榄球术语，给自己挂上了球队老板兼指导的头衔。负责协调指挥全队进攻的"四分卫"（Quarterback）角色，由大名鼎鼎的犹太裔律师萨皮罗（Robert Shapiro）担任，他曾出任好莱坞影星马龙·白兰度（Marlon Brando）的律师。冲锋陷阵的跑锋要职，由著名黑人

---

① Tom Lange and Philip Vannatter, *Evidence Dismissed: The Inside Story of the Police Investigation of O. J. Simpson*, New York: Pocket Books, 1997, pp.91–92.

② Johnnie L. Cochran, Jr., *Journey to Justice*, New York: Ballantine Books, 1996, p.343.

律师柯克伦（Johnnie Cochran）担任，此公在70年代出任过洛杉矶市副检察长，后来下海开业，成为法律界声望极高的大律师，曾帮助摇滚乐巨星麦可尔·杰克森（Michael Jackson）打过官司。

萨皮罗律师人脉极广，颇有运筹帷幄之才。他从波士顿请来了著名刑事律师李·贝利（Lee Bailey），此公被誉为美国律师界最拔尖的盘诘高手之一；从纽约请来了舍克（Barry Scheck）律师，他是擅长在刑事案中应用DNA证据的头号权威；从阿尔巴尼请来了解剖和法医专家贝登（Michael Baden）博士，他曾在肯尼迪总统被刺案中担任首席法医。由于辛普森案的管辖权属于加州法院，应用加州法律和司法判例，萨皮罗邀请加州法律专家、加州大学圣塔·克拉拉校区法学院院长乌尔曼（Gerald Uelmen）入伙，他曾为“五角大楼文件泄密案”（New York Times Co. v. United States, 1971）的主角艾尔斯伯格（Daniel Ellsberg）担任过辩护律师。

阵容如此强大，萨皮罗仍不放心，由于警方涉嫌非法搜查，事关美国宪法第四修正案，萨皮罗又说动哈佛大学法学院教授德肖维奇（Alan Dershowitz）加盟。这位教授曾任最高法院大法官哥德伯格（Arthur J. Goldberg, 1962—1965任职）的法律助理，是全美声望极高的宪法权威和上诉律师。为了确保胜诉，萨皮罗又叫上康涅狄格州警政厅刑事化验室主任李昌钰（Henry Lee）博士出任专家证人，此公是美籍华裔刑事鉴识专家，以精湛、独特的刑事侦查与证据鉴识技术享誉国际警界，因屡破奇案被媒体誉为“当代福尔摩斯”。此外，辛普森悬赏50万美元巨款，奖励提供破案线索的举报人，[①] 并雇佣了几位著名私人刑事侦探调查凶杀案真相。据行家估算，维持“梦幻律师队”正常运作的全部开

① 针对辛普森悬赏捉拿凶手一事，有人幽默了一句：“他家里难道没有镜子吗？”意为镜中之人（辛普森）即为凶手。

销，至少应在600万美元上下。

6月17日上午8点，即案发5天后，根据现场血迹化验和DNA测试结果，检方决定立案起诉辛普森。警方要求他在上午10点准时投案自首。此时，“梦幻律师队”中的萨皮罗律师、贝登博士、李昌钰博士等人正在向辛普森了解案情，从他身上采集头发和血液等检验样品。萨皮罗以辛普森情绪低落、心理不稳为理由，请求警方延缓几个小时。上午11时，警方拒绝了延缓的请求，并派出刑警前往神秘豪宅逮捕辛普森。

中午12时左右，当刑警赶到豪宅时，辛普森突然失踪了。临行前，他留下了一封诀别信，信中说：“我与妮克之死毫无关系。我爱她，一直都非常爱他，而且将永远爱她。如果我们之间有什么矛盾的话，那只是我爱她太深。”结尾写道：“请不要为我悲伤，毕竟我一生辉煌，又有好友无数。请大家记住真正的O·J，而不是眼前这个在人生中迷失方向的人。”① 下午3时，警方在电视上了公布了辛普森的照片和汽车牌照资料，宣布他是在逃通缉犯。萨皮罗律师召开记者招待会，向媒体宣读了辛普森的诀别信，并在电视上请求辛普森不要轻生。

那么，辛普森打算远走高飞、畏罪潜逃吗？似乎不太像。当天下午5点56分，警方在加州高速公路上发现了辛普森的白色野马车。在长达约6个小时的时间中，他乘坐的越野车一直在洛杉矶市郊徘徊。据辛普森自己解释，他只是到安葬妮克的墓地去了一趟，悲痛欲绝。驾车司机是辛普森的铁哥们兼队友柯林斯，他一边驾车一边用汽车电话与警方通话，声称辛普森此时躺在后坐，手持枪支，情绪沮丧，如果警方强行截车捕人，辛普森有可能会自杀。

---

① 引自 Robert L. Shapiro, *The Search for Justice: A Defense Attorney's Brief on the O. J. Simpson Case*, New York: Warner Books, 1996, pp.40－41.

6月17日下午，恰好是美国职业篮球联赛（NBA）总决赛的第五场，纽约尼克斯队（Knicks）大战休斯顿火箭队（Rockets）。笔者那天球赛看得正来劲儿，没想到，当警方发现了辛普森的越野车后，全美各地电视台突然临时中断节目，画面一律改为现场直播警车跟踪白色野马车的实况，真让人扫兴。这时，辛普森终于开始与警方对话，他同意束手归案，但要求先回趟家，跟没娘的孩子和家人打声招呼。警方担心出人命，便同意了他的请求。这样，白色野马车在直升飞机和数十辆警车护送之下，浩浩荡荡地缓缓开回了辛普森的家。辛普森与孩子家人见面并短暂交谈后，警察便将他押上了警车。一场全球瞩目的高速公路大追捕，终于降下了帷幕。

世纪大案开场后，面对辩方的豪华阵容，检方派出了最具实力的检察官出场应战。主持起诉的是"常胜女将"、副检察长克拉克（Marcia Clark），她主持起诉过20多宗杀人重罪案，从未输过一次。由于辩方聘请黑人律师担任重要角色，检方遂指派助理检察官达顿（Christopher Darden）出任克拉克的副手，他是检方阵营中综合素质最佳的黑人检察官。此外，洛杉矶市检察长亲自坐镇，在幕后协调指挥。他先后调集了50余名久经沙场、经验丰富的检察官和刑事律师参加案情分析和起诉准备。联邦调查局以及洛杉矶和芝加哥警方调遣了数百名刑警和刑事检验专家参与破案和现场勘查。据专家估算，检方为了与"梦幻律师队"过招，至少破费了纳税人800多万美元巨款。即使是有钱有势的富人，在面临国家强大的专政机器时，也难免相形见绌。

"梦幻律师队"踢出的开场球，是要求此案由市区中心的洛杉矶市法院审理。其原因是，案发之地的西区，白人居民较多，而市区中心黑人居民占多数，随机抽样选出的陪审团成员将以黑人为主。检方对此虽然不太情愿，但由于两年前，白人占多数的陪审团在受害人为黑人的罗德尼·金案中，判决执法过当的白人

警官无罪，结果在洛杉矶地区引发了一场规模空前的大暴乱。为了防止因种族因素再次闹事，检方只得同意改变管辖法院。

这个世纪大案由美籍日裔法官伊藤（Lance Ito）主持审理，他的父母在二战时曾被关入日裔集中营。这位法官博才多学，一向以精通法律和严谨公正著称。这样，检辩双方阵营都有黑人律师，日裔法官主持审判，陪审团成员多数是黑人。一旦被告被判有罪，黑人就是想闹事也没啥理由。实际上，辛普森案从一开始就已与种族问题有了难以解脱的瓜葛。

正式审判开始后，在开庭陈词时，检方指控辛普森预谋杀妻、做案动机是嫉妒心和占有欲。[①]离婚之后，辛普森对妮克与年轻英俊的男人约会非常吃醋，一直希望破镜重圆，但希望日益渺茫。案发当天，在女儿的舞蹈表演会上，妮克对辛普森非常冷淡，使他萌动了杀机。戈德曼则属于误闯现场，偶然被杀。法医鉴定表明，被害人死亡时间大约在晚上 10 点到 10 点 15 分之间。辛普森声称，当晚 9 点 40 到 10 点 50 之间，他在家中独自睡觉，无法提供证人。在整个审判过程中，根据律师的建议，辛普森依法要求保持沉默，拒绝出庭作证。

但是，检方关于预谋杀人的指控似乎不合情理。主要原因是，辛普森当晚要赶飞机，他已预约了豪华出租车送自己去机场。这一安排实际上堵死了他本人作案的后路。因为他必须在短短 1 小时 10 分钟之内，驱车前往现场，选择作案时机，执刀连杀两人，逃离凶案现场，藏匿血衣凶器，洗净残留血迹，启程前往机场。整个环节稍有差错闪失，就会耽误飞机起飞的钟点。这时，出租车司机便会成为重要证人。另外，对辛普森这种缺乏训

---

① 参见 Marcia Clark, *Without a Doubt*, New York: Viking, 1997, p.268. 另见 Christopher A. Darden, *In Contempt*, New York: Regan Books, 1996, pp.221－222.

练和经验的“业余杀手”来说，使用枪支是最佳选择，根本没必要手执利刃割喉杀人。这种作案方式不仅会弄得自己满身血迹，而且会在凶杀案现场、白色野马车和自己住宅中留下难以抵赖的“血证”。

辩方认为，妮克有可能被贩毒集团或黑手党杀害。因为妮克有吸毒历史，如果她大量购买毒品之后未能按时支付，有可能被黑手党暗下毒手，而割喉杀人正是黑社会惯用的凶杀手段。另外，戈德曼与妮可之间也不是一般关系，有人曾看见他驾驶妮可那辆价值15万美元的白色法拉利牌（Ferrari）高级跑车在街上兜风。更令人生疑的是，1993年到1995两年期间，在戈德曼工作的那家意大利餐厅，竟然有四位雇员被谋杀或神秘失踪。[1]

## (四)“血证如山”破绽百出

世纪大案开场后，引起全美各界的极大关注。根据美国联邦和加州的证据法，刑事案中 的证据一般可分为直接证据和间接证据两种。所谓直接证据，是指能够以直接而非推理的方式来证明案情的证据。比如，某证人出庭作证，声称他亲眼看见凶手用利刃杀了受害者，这就是直接证据。所谓间接证据，是指不能以直接方式，而必须以推理的方式来证明案情的证据。比如，在凶杀案现场发现了血迹或指纹，这就是间接证据，或者说是旁证。辛普森案没有目击证人，检察官只能使用警方搜集的血迹、手套、袜子和血液化验结果等间接证据来指控辛普森，所以这是一个非常典型的“旁证案件”。

① 参见 Donald Freed and Raymond P. Briggs, *Killing Time: The First Full Investigation into the Unsolved Murders of Nicole Brown Simpson and Ronald Goldman*. New York: Macmillan, 1996, pp.149 – 150.

在美国的司法体制中，仅仅依赖间接证据就把被告定罪判刑，绝非易事。这是因为，仅凭个别的间接证据，通常不能准确无误地推断被告人有罪。必须要有一系列间接证据相互证明，构成严密的逻辑体系，排除被告不可能涉嫌犯罪的一切可能，才能准确地证实案情。此外，间接证据的搜集以及间接证据和案情事实之间的关系应当合情合理、协调一致。如果出现矛盾或漏洞，则表明间接证据不够可靠，不能作为定罪的确凿根据。比如，在辛普森案中，检方呈庭的间接证据之一，是在杀人现场发现了被告人的血迹。可是，由于温纳特警长身携辛普森的血样，在凶杀案现场遛达了三个小时之久，致使这一间接证据的可信度大打折扣。

在辛普森案中，由于检方证据全都是间接证据，因此，辩方律师对这些“旁证”进行严格鉴别和审核，是这场官司中极为重要的一环。令人失望的是，检方呈庭的证据破绽百出，难以自圆其说。使辩方能够以比较充足的证据向陪审团证明，辛普森未必就是杀人凶手。

(1) 血迹证据令人生疑

检方呈庭的重要证据之一，是血迹化验和 DNA 检验结果。刑事专家一致同意，血迹化验和 DNA 检验的结果不会撒慌。但是，如果血迹受到污染、不当处理、草率采集或有人故意栽赃，那么它的可信度则大打折扣。在辛普森案中，这些毛病全都存在。

检验结果表明，所有疑点都聚集在辛普森一人身上。凶杀现场两处发现辛普森的血迹；现场提取的毛发与辛普森的头发相同；警方在现场和辛普森住宅发现的血手套是同一付，两只手套上都有被害人和被告的血迹；在辛普森住宅门前小道、二楼卧室的袜子和白色野马车中，都发现了辛普森和被害人的血迹。这样，检方证据堪称“血证如山”，辛普森涉嫌杀人似乎已是无法

低赖的事实。但是，辩方阵营认为，这些“血证”疑点极多，破绽百出。[①]

首先，袜子上的血迹非常奇怪。辩方专家指出，这只袜子两边的血迹竟然完全相同。根据常识，假如袜子当时被穿在脚上，那么袜子左边外侧的血迹，绝不可能先浸透到左边内侧，然后再穿过脚踝浸透到右边内侧。只有当血迹从袜子左边直接浸透到右边时，两边的血迹才会一模一样。换言之，血迹很有可能是被人涂抹上去的。在庭审时，检方出示了几张发现血袜子的现场照片。可是，照片上的时间顺序却自相矛盾。案发之日下午4点13分拍照的现场照片上，没有这只血袜子。可是，4点35分拍照的照片，却出现了血袜子。那么，血袜子究竟是原来就在地毯上？还是后来被警方移放到地毯上？对此问题，警方的答复颠三倒四，前后矛盾。另外，辩方专家在检验袜子上的血迹时，发现其中含有浓度很高的防腐剂（EDTA）。辩方律师提醒陪审团，案发之日，警方在抽取辛普森的血样之后，在血样中添加了这种防腐剂。

其次，从现场勘查报告看，身高体壮的戈德曼曾与凶犯展开了一场血战。他的随身物品，一串钥匙、一个信封、一张纸片以及一个呼叫机都散落在不同的地方，这说明打斗的范围很大，搏斗很激烈。戈德曼的牛仔裤上有血迹向下流的形状，说明他不是在极短时间内死亡，而是在负伤之后，仍然挺身而斗，拼死抵抗。他被刺中了30余刀，最后因颈部静脉断裂和胸腹腔大出血致死。据此推断，凶犯浑身上下肯定也沾满了血迹。可是，为什么在白色野马车上只发现了微量血迹？更令人疑惑的是，为什么

① 有关血迹证据的种种疑点，引自 Henry Lee and Jerry Labriola, *Famous Crimes Revisited: From Sacco - Vanzetti to O. J. Simpson*, Southington, CT: Strong Books, 2001, pp.238 - 243.

凶手下车后，却在围墙前门车道和从前门通往住宅大门的小道上留下了很多明显血迹？还有，假设辛普森穿着血衣血鞋沿前门小道进入住宅大门，又穿着血袜子走上二楼卧室，为什么在门把、灯光开关和整个住宅内的白色地毯上没发现任何血迹？

再次，根据血迹检验报告，在现场两处地方发现了辛普森的血迹。一处在从被害人尸体通向公寓后院的小道上，警方发现了五滴被告血迹，大小均匀，外形完整。但辩方认为，假设辛普森在搏斗中被刺伤，按常理，应该在起初大量流血，过一会儿血量才会逐渐减少。所以，血滴绝对不可能大小均匀。另外，血滴应是在搏斗或走动中被甩落，以撞击状态落地，因此，血滴的外形不可能完整。另一处血迹，是在公寓后院围墙的门上，警方发现了三道血痕。可是，检方专家在检验这些血痕时，再次发现了浓度很高的防腐剂（EDTA）。

最后，辩方专家指控，洛杉矶市警署刑事实验室设备简陋，管理混乱，检验人员缺乏训练，没有按照正常程序采集现场血迹。由于证据样本处理不当，所以检验结果令人生疑。比如，按照正常程序，在采集血迹样本进行 DNA 分析时，应当先用棉花沾起血迹样本，待自然风干之后，才能放入证据袋中。可是，警方检验人员在血迹尚未风干时，就已将样本放入证据袋。据此，辩方律师舍克毫不客气地表示，警署的刑事化验室简直就是个"污染的粪坑"。[①]

(2) 手套证据疑云密布

检方呈庭的重要证据之二，是福尔曼在辛普森住宅客房后面

---

① 引自 Lawrence Schiller and James Willwerth, *American Tragedy: The Uncensored Story of the Simpson Defense*, New York: Random House, 1996, p.663.

搜获的黑色血手套。可是，这只血手套同样疑云密布。[①]

首先，根据福尔曼的证词，当他发现血手套时，其外表的血迹是湿的。辩方专家认为，这是绝对不可能的。凶案大约发生在6月12日深夜10点半左右，而福尔曼发现手套的时间是6月13日早晨6点10分，时间跨度在7个小时以上。辩方用模拟实验向陪审团演示，在案发之夜那种晴转多云和室外温度为摄氏20度的气象条件下，事隔7小时后，手套上沾染的血迹肯定已经干了。那么，福尔曼为何一口咬定是湿的呢？辩方提供的解释是，只有一种可能性，那就是福尔曼来到凶杀案现场后，悄悄地把血迹未干的手套放入了随身携带的警用证据保护袋之中。然后，他千方百计寻找机会进入辛普森住宅，趁人不备伪造证据。这样，尽管时间跨度很长，但血迹仍然是湿的。

其次，假设辛普森是杀人凶犯，当他满身血迹、惊惶失措地从杀人现场逃窜回家，把凶器和血衣藏匿得无影无踪之后，根本没必要多此一举，单独溜到客房后面藏匿血手套。另外，辛普森对自己住宅的旁门后院、地形道路了如指掌，按常理，他不太可能撞在空调上，发出一声惊天动地的巨响，并且在遗失血手套之后不闻不问。从各方面情况分析，撞在空调上并丢失手套的主儿，显然是一个对住宅内地形和道路不太熟悉的人。另外，如果凶犯在黑暗中慌不择路，瞎摸乱撞，丢三落四，为什么在血手套现场没发现其他血迹以及可疑的脚印和痕迹？

再次，虽然警方在凶案现场和辛普森住宅搜获了一左一右两只手套，并且在手套上发现了两位被害人和辛普森的血迹。但是，这两只手套的外表没有任何破裂或刀痕，在手套里面也没发

---

① 有关手套证据的种种疑点，引自 Henry Lee and Jerry Labriola, *Famous Crimes Revisited: From Sacco – Vanzetti to O.J. Simpson*, Southington, CT: Strong Books, 2001, pp.238 – 242.

现辛普森的血迹。这说明，辛普森手上的伤口与血手套和凶杀案很可能没有直接关系。

最后，为了证实辛普森是凶手，检方决定让他在陪审团面前，试戴那只沾有血迹的手套。在法庭上，辛普森先带上了为预防污损而准备的超薄型橡胶手套，然后试图戴上血手套。可是，众目睽睽之下，辛普森折腾了很久，却很难将手套戴上。辩方立刻指出，这只手套太小，根本不可能属于辛普森。检方请出手套专家作证，声称手套沾到血迹后，可能会收缩一些。但辩方专家认为，这是一种经过预缩处理的高级皮手套，沾血后不会收缩。控辩双方各执一辞，争论不休。但是，在一些陪审员眼中，这只血手套的确有点儿太小了。

## (五) 辩方打出“种族牌”

辛普森案审判期间，最令辩方阵营生疑的人物，是检方的“明星”证人福尔曼警官。案发之夜，这位警官并不当差，既然如此，他为何不辞辛苦，深更半夜赶到现场？为何自告奋勇带队前往辛普森住宅？更令人疑惑的是，为何白色野马车上的血迹、客房后的血手套、二楼卧室的血袜子等重要证据，凑巧都被他一人单独发现？他究竟是一个神通广大的超级警探，还是一个劣迹累累的警方败类？

在此背景下，福尔曼自然成为辩方律师调查和盘诘的重点对象。为此，辩方特意设立了一个免费举报热线电话，希望各界人士提供线索。结果，辩方了解到，这位警官曾有过很多极为恶劣的种族歧视言论。比如，根据一位名叫拜尔（Kathleen Bell）的证人举报，在1985到1986年期间，福尔曼曾扬言，如果他在街上发现一个黑人男性和一位白人女性同在一车，他就拉响警笛，勒令停车。假如没有勒令停车的理由，他也会凭空捏造。他甚至

狂言：希望看到所有"黑鬼"聚成一堆，一把火烧死或用炸弹炸死。[①]还有一位证人举报，福尔曼崇拜希特勒，他收藏了大量的纳粹德国党卫军的军功章。[②]

但是，福尔曼本人坚决否认火烧"黑鬼"的指控。于是，辩方阵营请求伊藤法官下令，要求允许律师盘诘福尔曼，质问他在过去10年中是否使用过"黑鬼"这种侮辱性词汇。辩方企图以此为突破口，彻底诋毁福尔曼的证人资格。辛普森案后，各界人士口诛笔伐，对辩方这种打"种族牌"的诉讼策略嗤之以鼻、痛加抨击。值得一提的是，在争议性极大的"种族牌"问题上，"看热闹"的外行人士纷纷指责辩方律师，"看门道"的内行专家怪罪主审法官。

针对辩方使出的损招儿，黑人检察官达顿恳请伊藤法官公正裁决，将"种族牌"踢出法庭。他强调："'黑鬼'是英语中最肮脏、最下流的冒犯字眼儿。在本案中，在这个法庭上，绝对不能允许它存在。这件事与寻求本案事实真相毫不相关，它只能起到一个作用，那就是使黑人陪审员恼火。""辩方打出这张种族牌，不仅会改变本案的方向和重心，而且案情的整个形势都会随之大变。"[③]辩方律师卡克伦则反驳说："黑人每天都生活在冒犯的目光注视下，每天都忍受着欺侮的境遇，但他们仍然信任这个国家的司法制度。……声称种族问题会影响黑人陪审员的公正判决，这才是绝对的冒犯。"[④]面对这个复杂而敏感的大难题，伊藤法官

---

① 引自 Alan M. Dershowitz, *Reasonable Doubts: The O. J. Simpson Case and the Criminal Justice System*, New York: Simon & Schuster, 1996, p.172.

② Johnnie L. Cochran, Jr., *Journey to Justice*, p.307.

③ Vincent Bugliosi, *Outrage: The Five Reasons Why O. J. Simpson Got Away with Murder*, New York: Norton & Company, 1996, p.66.

④ Vincent Bugliosi, *Outrage: The Five Reasons Why O. J. Simpson Got Away with Murder*, p.66.

权衡再三，最终裁决辩方可以盘诘福尔曼在10年之内是否使用过冒犯之词。

可能有人会纳闷，福尔曼在过去10年之中是否说过“黑鬼”一词，与辛普森是否涉嫌杀人究竟有何关系？按常理，即使福尔曼在“黑鬼”一事撒了弥天大谎，那并不能直接证明他在世纪大案中的证词是瞎编伪造；即使这位警官曾有过一些种族歧视的言论，那同样不能证明他故意栽赃和陷害被告。这是一个审判辛普森的世纪大案，为何一不留神变成了审判福尔曼警官的案子？在庭审过程中，伊藤法官为何不顾检方反对，竟然允许辩方采用这种滥打“种族牌”和“扭转斗争大方向”的辩护策略呢？

信不信由你，在美国的司法体制中，尽管争议性极大，但辩方的“种族牌”策略和伊藤法官的裁决完全合乎法律。受英国普通法中“品格证据”传统的影响，美国联邦和加州的证据法和判例都规定，如果出庭证人的品格被证明有缺陷，则证人呈庭的某些证词就不具有法律效力。所以，在法庭审判时，检辩双方律师都会在证人个人品格上大作文章。此外，在法庭宣誓之后，如果一位证人在一部分证词中故意撒谎，那么，陪审团可以将这位证人的其他证词也视为谎言。1996年，加州上诉法院在著名的瓦尔波娜诉斯普伦格案（Vallbona v. Springger, 1996）中，再次明确重申了这一证据规则。[1]

法官开绿灯后，辩方律师李·贝利一上来就质问福尔曼：“在过去10年之中，你曾使用过‘黑鬼’一词吗？”福尔曼答：“就我所记得，没用过。”为撒谎留下了一点儿回旋余地。但律师岂能轻饶他，立刻抓住答复中的含糊之处追问：“你的意思是说，

---

① 判决书原文为：“a witness is knowingly false in one part of his testimony, the jury may distrust other portions of his testimony as well.”引自 Vallbona v. Springger, 43 Cal. App. 4th 1525 (1996).

如果你叫过某人黑鬼，你也早就忘了？"这个反问简直盖了帽儿了！福尔曼只得故作糊涂："我不确定我是否能回答你用这种方式提出的问题。"律师步步紧逼："我换句话说吧，我想让你承认，自1985或1986年以来，或许你曾在某一时刻称呼某位黑人是黑鬼，可能你自己已经忘了吧？"福尔曼只好硬着头皮答复："不，不可能。"律师趁热打铁："你是否就此宣誓？……"警官只好回答："那正是我的意思。"律师换了个角度追问："如果任何一个证人出庭作证，说你曾用黑鬼一词形容黑人，这个人就是在撒谎。"福尔曼被迫承认："没错，他们是在撒谎。"[①]这样，辩方律师以密不透风的逻辑和出色的盘诘技巧，把福尔曼警官逼进了无路可退的绝地。

天下竟有如此巧合之事。这次盘诘结束后不久，辩方从举报电话中获悉，一位女剧作家为了收集警察破案的生活素材，在最近10年期间曾多次采访福尔曼，并录制了14个小时的采访录音。辩方律师审听录音后发现，在录音谈话中，凡是提到黑人的地方，福尔曼警官一律使用了"黑鬼"这一侮辱性用语，共达41次之多。此外，在1994年7月28日的采访中，福尔曼自吹自擂："我世纪大案的关键证人，如果我不帮助检方撑住，他们就会输掉这个大案。血手套决定一切，如果没有手套，拜拜别玩了。"他还声称："你他妈的就是搞不懂，干警察这一行用不着规矩，全是凭感觉。去他妈的规则吧，我们到时候瞎掰就足够了。"[②]在录音谈话中，福尔曼还明目张胆地吹嘘诬陷无辜的经历，他说："我曾拘留了不属于这一地区的闲杂之人，如果一定

---

① Gerald F. Uelmen, *Lessons from the Trial: The People v. O.J. Simpson*, Kansas City: Andrews and McMeel, 1996, p.135.

② 引自 Henry Lee and Jerry Labriola, *Famous Crimes Revisited: From Sacco-Vanzetti to O.J. Simpson*, pp.234-235.

要我讲出理由，我就楞说此人有盗窃嫌疑。""我们警察不是好惹的。我们就是杀了人，也知道该怎么说。"[1]

福尔曼录音磁带的发现，堪称世纪大审判的转折点。检方争辩说，谈话录音只是文学创作的素材，难免有自吹和夸大之嫌，根本不能视为合法证据。但伊藤法官仍然裁决，陪审团可以审听部分录音。在法庭盘诘时，辩方律师乌尔曼声色俱厉，重炮猛轰福尔曼："你在预审时的证词是否完全真实?""你是否捏造警方的刑事勘查报告?""你在此案中是否栽赃和伪造证据?"面对这些不容回避的法律问题，福尔曼竟然答复："我希望维护我的宪法第五条修正案特权。"[2]换句话说，他凭借最高法院1966年在著名的米兰达案中规定的嫌犯沉默权，拒绝答复辩方针对呈庭证据提出的合理质疑。在总结陈词中，辩方律师卡克伦指出，福尔曼是"一个拥护种族灭绝政策的种族主义者、一个作伪证的家伙、美国最令人可怕的恶梦和魔鬼的化身。"[3]

在美国的司法体制中，证据的可信度是打赢官司的关键性因素之一。警方作为刑事案件的侦破机关，在第一时间掌握的证据最多。所以，美国法律明文规定，警察必须就搜查和检验证据等法律问题出庭作证，这是法庭审判和程序公正的重要环节。警察不同于一般的证人，执法者的特殊身份，决定了他们回答辩方律师质疑的必要性。即使是普通的交通违规罚款案，涉案警察仍然有义务准时出庭，手按圣经宣誓作证。西方司法界有句箴言：

---

① 引自 Vincent Bugliosi, *Outrage: The Five Reasons Why O. J. Simpson Got Away with Murder*, p.72, 134.

② Gerald F. Uelmen, *Lessons from the Trial: The People v. O.J. Simpson*, p.159.

③ 引自 Vincent Bugliosi, *Outrage: The Five Reasons Why O. J. Simpson Got Away with Murder*, p.133.

“警察是法庭的公仆”（Policeman is the public servant of the court）。因此，福尔曼要求保持沉默、拒绝回答辩方质疑之举，绝对是荒唐之至。这实际上相当于不打自招，变相承认涉嫌伪造证据，陷害被告。从法理上说，福尔曼的证词已失去了法律效力。检方几乎输定了。

辛普森案结束后，洛杉矶市地区检察官毫不留情，正式立案起诉福尔曼警官。结果，他因伪证罪被判了3年有期徒刑，狱外监管。这样，杀人嫌犯辛普森被无罪开释，执法者福尔曼警官却沦为重罪案犯！这真不知是美国司法的骄傲，还是它的耻辱？或许两者兼而有之吧！

## （六）“超越合理怀疑”的深思

1995年10月3日，美国西部时间上午10点，当辛普森案裁决即将宣布之时，整个美国一时陷入停顿。克林顿总统推开了军机国务；前国务卿贝克推迟了演讲；华尔街股市交易清淡；长途电话线路寂静无声。数千名警察全付武装，如临大敌，遍布洛杉矶市街头巷尾。CNN统计数字表明，大约有1亿4千万美国人收看或收听了“世纪审判”的最后裁决。陪审团裁决结果：辛普森无罪。

实际上，判决公布之前，由于检方呈庭证据破绽百出和福尔曼警官作伪证，辛普森无罪获释已成为可以预料的结局。在美国的司法制度中，刑事案采用的定罪标准是“超越合理怀疑”（prove beyond a reasonable doubt）。具体而言，在法庭审判时，检方若要指控被告有罪，一定要提出确凿可信的证据来证明被告的罪行。毫无疑问，任何证据都会存在某种疑点，但陪审团只有在确信证据已达到“超越合理怀疑”的标准时，才能判决被告有罪。

那么，什么是“超越合理怀疑”呢？美国证据法权威卫格莫（John H. Wigmore）教授认为，这个法律术语的含义“难以捉摸，

不可定义”。但是，这个术语包含一个极为重要的原则：由于刑事案人命关天，所以陪审团在裁决无罪时，不一定非要确信被告清白无辜。只要检方呈庭证据破绽较多，没达到“超越合理怀疑”的严格标准，尽管有很多迹象表明被告涉嫌犯罪，但陪审团仍然可以判决被告无罪。[①] 有人说，美国司法制度的特征之一是：“宁可漏网一千，不可冤枉一人”。此语极为传神。

可能有人会问：究竟谁是杀人凶手呢？辛普森是不是比窦娥还冤呢？这两个问题很难回答。通过辛普森一案，人们会注意到，美国司法制度对程序公正和确凿证据的重视程度，远远超过了寻求案情真相和把罪犯绳之于法。假如美国司法制度的目的是寻求案情真相，那么犯罪嫌犯压根儿就不应该拥有沉默权。实际上，整个美国宪法和司法制度的核心，是防止“苛政猛如虎”，是注重保障公民权利和遵循正当程序。美国最高法院大法官道格拉斯（William O. Douglas，任期 1939—1975）精辟地指出：“权利法案的绝大部分条款都与程序有关，这绝非毫无意义。正是程序决定了法治与随心所欲或反复无常的人治之间的大部分差异。坚定地遵守严格的法律程序，是我们赖以实现法律面前人人平等的主要保证”。[②]

遵循公正程序是现代法治的基本原则之一。但是，一昧强调程序公正，常常会出现忽视寻求案情真相、放纵涉嫌罪犯的弊端。因为任何事先规定的公正程序，都不可能准确地预计未来发生的全部情况和具体个案。在世纪审判中，辛普森之所以被无罪开释，并非由于他向法官和陪审团行贿或违反诉讼程序，而是由

① 关于“超越合理怀疑”术语的含义，参见 Vincent Bugliosi, *Outrage: The Five Reasons Why O. J. Simpson Got Away with Murder*, p.239.

② William Douglas, *Joint Anti - Fascist Refugee Committee v. McGrath*, 341 U.S. 123, 179 (1951) (concurring).

于“梦幻律师队”善于钻空子，充分利用检方和警方的失误，充分利用现有的法律、判例和刑事诉讼程序，合法地挑战检方呈庭证据和警方证人的种种疑点，成功地为被告开脱罪名。而这些法律和程序在制订之时，根本不知有辛普森其人。

事实证明，在很多情况下，注重程序公正不一定总是导致公正的审判结果。有时抄家搜查、刑讯逼供反而有助于及时破案、伸张正义。但是，这种做法只是饮鸩止渴，虽然可能得益一时，但却助长官府和警察滥用权力和胡作非为，从根本上损害宪政法治的千秋大业。应当强调的是，美国司法制度和诉讼程序固然存在很多缺陷，但是，人世间上不存在那种完美无缺、值得人们奋斗终身的伟大制度，也不可能有那种不枉不纵、绝对公正的诉讼程序。人们只能是两害相权取其轻。

斯大林执政时期，一起恶性杀人案发生后，秘密警察头子贝利亚下令限期破案。在发往各地的通缉令中，附带三张摄自不同角度的嫌疑犯照片，一张正面，一张左侧面，一张右侧面。一周之内，相貌酷似照片的三名嫌疑犯同时落入法网。酷刑逼供之下，三名嫌疑犯都“如实”招供了罪行。坦率地说，在这种宁枉勿纵的体制下，普通罪犯一般很难轻易逃脱法网。可是，正是在这种忽视正当程序和监督制衡的政治体制中，开国元勋屈死刑场；数百万无辜公民陷入冤狱；特权阶层和秘密警察胡作非为；小民百姓的自由、财产和尊严遭到无情践踏。国家机器沦为保护特权和腐败的工具。苏联衰落的历史教训，极为惨痛深刻。

辛普森案结束后，克拉克检察官出版了回忆录，版税收入高达300万美元。后来她干脆辞去公职，成为小有名气的电视节目主持人。经她多次邀请，“梦幻律师队”中的李昌钰博士以嘉宾身份，出席了她主持的一次谈话节目。节目一开始，她咄咄逼人地问道：“既然您承认在案发现场的血迹经DNA检验是辛普森的，但是您为何仍然帮助辛普森作证？”李昌钰回答：“我今天坐

在这里接受访问，假设在访问中，您那美丽的头发不知何故沾到我的裤子上，回家后，我太太发现了我裤子上有头发，拿到化验室去鉴定 DNA，结果证实是您的头发。然后他就查问我今天跟您做了什么见不得人的事情，责问您的头发为何会跑到我的裤子上来。啊哈，我就有大麻烦了！但是，天知、地知、您知、我知，我们没做任何不轨的事情。因此，即使 DNA 检验结果证明了某根毛发或某些血迹是某人的，也不能直接证明这个人就做了这些坏事。"①

美国最高法院大法官霍姆斯（Oliver Wendell Holmes, Jr.，任期 1902—1932）认为："罪犯逃脱法网与政府的卑鄙非法行为相比，罪孽要小得多"。② 在霍姆斯看来，政府滥用权力和司法腐败对国家和社会造成的整体危害，远远超过了普通犯罪分子。因此，宪政法治的核心和重点，绝非一味不择手段、罔顾程序、从重从快打击触犯刑律的小民百姓。而是应当正本清源，注重对政府权力予以程序性约束和制衡，防止执法者和当权者凌驾于法律之上，利用手中特权和国家专政机器胡作非为、巧取豪夺、为害一方，任意欺压无处伸冤的小民百姓。防官府恶政远甚于防犯罪刁民，防止"窃珠者诛，窃国者侯"和统治者随心所欲、逍遥法外的虚伪"法制"（rule by law）的弊端，正是美国宪政"法治"（rule of law）制度设计的重要特点。

但是，9.11 事件对美式民主和自由观念造成极大冲击。为了使政府执法和司法部门更有效地打击和审判恐怖分子，很多美国民众尽管内心不甚情愿，但不得不同意出让一些以前被视为神圣不可侵犯的个人自由和权利。美国社会中保守主义思潮抬头，

---

① 李昌钰口述、邓洪整理：《神探李昌钰破案实录》，第 234—235 页。

② Oliver Wendell Holmes, *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 469 - 470 (1928) (dissenting opinion).

总统和联邦政府执法部门的权势有所加强。这种全新现象和趋势将对未来美国宪政体制的发展造成哪些影响，人们将拭目以待。

（陈伟）

# 27. 总统难产引发的司法大战

## ——布什诉戈尔案 (2000)[1]

2000 年美国总统大选，上演了一场好莱坞经典大片式的悲喜剧。围绕着佛罗里达州选票计票，出现了前所未有的戏剧性局面。美国共和党与民主党经历了 36 天的“世纪司法大战”，打得难解难分，天昏地暗。经过 36 天的总统难产之后，最后一锤定音的居然是非民选的最高法院！按照民主常识，谁得到的选票多，谁就当总统。可是，民主党候选人、副总统戈尔虽然比共和党候选人、得克萨斯州州长小布什多得了 53 万余张普选票，但赢得总统宝座的竟然是后者。这种违反民主原则的现象以及随后的司法大战涉及到的总统选举程序问题，把久经“选场”的美国选民弄得眼花缭乱，头昏脑胀，一脑门子浆糊。

常听人说，美国是一个民主制国家，美国总统是由全民直接选举产生。实际上，这一常识性的表述是不准确的。美国的政体是共和制，美国总统也不是由全民直选产生的。根据美国宪法，各州选民在总统大选中选出的只是选举人。大选后，各州的选举人组成全国的选举团，最后由选举团的投票来决定总统选举的结果。

那么，号称高度民主的美国为什么不搞全民直选呢？美国宪法为什么要设立选举团制度？2000 年选举为什么会出现难产？

---

① *George W. Bush, Et Al., Petitioners v. Albert Gore, Jr., Et Al.*, 531 U. S. (2000) 1, http: //laws.findlaw.com/us/000/00 – 949.html.

这一现象的出现与美国的宪政体制有何关系？美国最高法院在解决这次选举危机中起到了什么作用？造成了哪些影响？探讨这些问题，将促使人们深入思考美国选举制度的合理性和民主性问题。

## （一）选举制度独一无二　总统大选危机两度

虽然美国最高法院权力超过其他国家司法部门的权力，但人们仍然很难想象，它居然也能够在决定由谁当美国总统这样至关重要的问题起决定性的作用！这一切是如何发生的，仍需要从头道来。

别看美国什么都很发达，惟独它的宪法及其所规定的总统产生方式却相当“古老”。选举国家最高行政首脑的程序问题，是美国宪政体制的基本事项，也是1787年费城制宪会议期间吵得不可开交的主要议题之一。经过激烈争吵和明智妥协，1787年美国宪法规定，总统每4年选举一次，先由各州议会自行决定选举或委任与该州国会议员人数相等的总统选举人（electors），再由他们组成所谓的选举团（Electoral College）。在全国统一的投票日，由选举团最终投票选举总统，赢得选举团半数票的候选人为总统。换句话说，按照美国宪法中关于选举团的规定，决定总统大选输赢的标准不是全国范围内的普选票，而是选举人票。因此，严格说来，美国人并没有直接选举总统的政治权利。

随着美国人口的增多，选举权的普及，19世纪下半叶开始，选举人由选民直接选举产生，选举团的人数也不断增加，但选举方式却依然如故。由于选举人由政党提名确定，哪个党的总统选举人多，也就意味哪个党的总统候选人当选。1961年起，选举团的人数固定为538人，因此，赢得总统选举至少要获得270张以上的选举人票。

美国各州的总统选举人与其国会议员人数相当。不论大州小州，人口多寡，在国会参议院均有两个代表。众议院议员的人数则按人口比例平均分配，大体上每50万人产生一个众议员，如果某州人口不足50万，也可以有一个众议员。阿拉斯加等州就只有一个众议员。[①] 这样一来，一些人口小州总统选举人平均所代表的选民数就少于人口大州。而且，美国总统大选采取“赢家通吃”原则，即一个总统候选人只要赢得了某州一半以上的选票，那么，该州的全部选举人票都归他。因此，就有可能出现这样的情形，如果一个候选人以较大优势赢得了一些人口大州的选举人票，而另一个候选人主要是以微弱优势赢得了很多州的选举人票，那么后者可能因赢得了足够的选举人票当选为总统，尽管他在全国范围赢得的普选票可能少于前者。在2000年大选中，戈尔虽然在全国范围的普选票上领先于小布什，但如果小布什最后在佛罗里达州以微弱多数胜出，“通吃”该州的25张选举人票，使选举人票在全国超过半数，他就可以名正言顺地当选总统。

在美国宪政史上，这种“少数票总统”或“错误的胜者”(wrong winner)的现象先后发生过4次。1824年选举，当选总统昆西·亚当斯只得到30.5%的普选票，而赢得43.1%普选票的杰克逊却惨遭落选命运。1876年选举，民主党候选人蒂尔顿比共和党候选人海斯多得了25万张普选票，但却因州选举人票计算惹出的麻烦而落选。1888年选举，民主党候选人克里夫兰(Grover Cleveland)获得了5,540,050张选民票，共和党候选人哈里森（Benjamin Harrison）只获得了5,444,337张选民票，但后者却以233张选举人票的明显优势当选总统，而前者只获得了168

① 美国首都华盛顿地位特殊，没有国会议员，也就一直没有参加总统大选。直到1961年，国会才通过一项法律，它可以拥有三张选举人票。

张选举人票。2000年选举，戈尔比小布什多得了53万余张普选票，但小布什却赢得了总统宝座。

那么，美国制宪先贤为何要设计出选举人票这种明显违反民主原则的总统选举制度呢？难道他们连一人一票、得票多者当选这种最基本的民主常识都不懂吗？若要讲清这个问题，有必要从美国的共和制政体从头谈起。

从理论上说，人民主权和社会契约是美国宪法的重要原则。但是，在具体的操作层次上，如何抑制个人野心，防止官府独断专行，滥用权力，任意欺压人民，是200年前美国制宪先贤面临的巨大难题。按照传统的民主理论，只有实行最广泛的直接民主，按照多数人的意志处理国家大事，让人民当家作主，参与决策，监督政府，充分行使民主权利，才能彻底杜绝君主专制的弊病。这似乎是人类社会通往人间天堂的不二法门。

但是，美国制宪先贤却有不同的看法。这帮人或者经验丰富如富兰克林、或者思想深邃如麦迪逊，或者脚踏实地如华盛顿，在不断争吵和辩论中逐渐形成一个共识，认为这种朴素的民主理论是错误的。因为在任何社会中，都会存在不同的利益集团和派别。正直和无私并非人的天性。如果人人都是天使，那根本就不用建立政府。所以，人民也有可能野心勃勃，拉帮结派，勾结多数，欺压少数。在直接民主的体制中，某一个利益集团或派别很容易形成独占多数的局面，造成危害少数利益的恶果。因此，直接而广泛的民主，反而极易导致“多数人的暴政”。此外，人民通常并不懂得政治，他们很容易被一小撮居心叵测的政治野心家所误导。美国宪法之父麦迪逊甚至认为：“即使每一位雅典公民都是苏格拉底，每一次雅典人大会也仍然会是一堆群氓。”[①] 后

① 转引自曹德谦：“麦迪逊与美国宪法”，《美国研究》1987年第4期。

来法国大革命的血腥历史也证明，任何一种不受限制的权力，即使是多数人以“人民民主”的高尚名义，仍然会导致最彻底的专制和空前残酷的暴政。

针对这一难题，美国制宪先贤的思路可谓独树一帜。他们提出的高招儿，不是用民主对抗野心，而是“野心必须用野心来对抗”①。他们在宪法中精心设计的政治制度，并非民意至上的民主制，而是一种以分权制衡和多元利益为基石的代议制共和政体。麦迪逊认为：“毫无疑问，依靠人民是对政府的主要控制；但经验教导人们，必须有辅助性预防措施”。他进一步指出：“在美国的复合共和国里，人民交出的权力首先分给不同的政府，然后把政府分得的那部分权力再分给几个分立的部门。因此，人民的权利就有了双重保障，而两种政府将互相控制，同时各政府又自己控制自己。”②麦迪逊在这里所说的“两种政府”，是指美国联邦与州两级政府之间的纵向分权；他提到的“几个分立的部门”，是指政府中执法、立法和司法三个部门之间的横向分权。这样，在民选代议制政府的基础上，依靠分权和制衡，使任何一个利益集团和派别都无法占居至高无上的地位，从而达到利益相对平衡和杜绝专制暴政的目的。

值得注意的是，在制宪先贤设计的以民选为基础的共和制政体中，总统、联邦参议员和联邦最高法院大法官的产生方式和程序，都违反了“一人一票”的民主原则。与民主制相比，美国的共和制政体注重对政府和人民的权力都予以严格限制，强调分权和制衡，强调遵循宪政法治的规则和程序，强调联邦与州之间的平衡。在尊重多数人意志的同时，又注重保护少数人的利益。而不是简单地按照“一人一票”或“全民公决”的民主原则治国。

---

① 《联邦党人文集》，北京：商务印书馆 1980 年版，第 264 页。

② 《联邦党人文集》，北京：商务印书馆 1980 年版，第 265－266 页。

在此背景下，美国宪法规定的选举团制度，既体现出服从多数、尊重少数的共和制政体特点，又反映出美国联邦制的特殊国情。

美国建国之初，13个州大小悬殊，交通不便，信息阻塞，互不信任，全国普选显然缺乏可行性。根据1790年的人口普查，当时全美人口总数360万。其中宾州人口高达43万，特拉华州人口仅为5.8万。如果不硬性规定每州分配两名参议员和实行选举团制度，美国总统将会成为几个人口大州的总统，而不是13个州的总统。人口小州有可能扯旗造反，分家单过。在21世纪的今天，美国人口最多的7个州，加州、得州、纽约州、宾州、佛州、伊利诺伊州和俄亥俄州的人口加起来，已经超过了全美总人口的半数。如果废除选举团制度，按照普选票决定总统选举结果，那么总统候选人有可能不惜一切代价，极力争取在这7个人口大州以绝对优势获胜，根本不管其他40几个州的死活。然而，在选举团制度下，罗德岛州人口虽然只是加州人口的六十分之一，但选举人票却是加州的十八分之一。这样，小州在联邦中的权益就在一定程度上得到了相对保障。

但是，由于没有料到会出现政党，美国制宪先贤在设计宪法时也有疏漏之处。1787年宪法规定，正副总统分开选举，选举人可以投两次票，且无需注明是投总统还是副总统，得选举人票最多的为总统，次之为副总统。但是，这一规定在1800年总统选举中暴露出严重的缺陷。当时，开国老总统华盛顿已经退休。他的副总统亚当斯和国务卿杰弗逊分别当选为新的正副总统。他们两位政见不同，分别属于形成中的联邦党和民主共和党。一届任期的同床异梦后，两人便分道扬镳。在1800年大选中，杰弗逊和伯尔作为民主共和党候选人参选，亚当斯和平克尼作为联邦党候选人应战。完全按照党派立场投票的结果是杰弗逊和伯尔各得了73张选举人票，亚当斯和平克尼各得65和64张。

这样一来，只好根据宪法规定，由各州在众议院以州为单位

（一票）来投票，选择杰弗逊和伯尔两人中的一位为总统，另一位为副总统。此时，联邦党人宁可把票投给精于权术、心怀叵测的伯尔，也不愿选择在他们看来属于“危险激进派”的正人君子杰弗逊。结果，杰弗逊只得了16个州中的8票，伯尔得了6票，均未超过半数。在接下来的一个星期内，众议院一共进行了35次无记名投票，结果都是如此。这时已是1801年2月17日，离新总统就职的日子只剩下了两周。最后，杰弗逊的政敌、联邦党领导人汉密尔顿表现出把国家利益置于党派利益之上的君子风度。在给他女儿的信中，杰弗逊写道：“汉密尔顿正在用他全部的影响力来保证我而不是伯尔当选”。的确如此，当时汉密尔顿就对联邦党人讲：“在这个世界上，如果我必须痛恨谁的话，那就是杰弗逊。但是，公众的利益必须超越个人的恩怨。”[①] 在他的影响下，原来投伯尔票的两个州改投杰弗逊，从而使他以10票当选为美国第三任总统。

由于这一教训，美国国会赶紧制定并通过了宪法第12条修正案，对总统的选举作了详尽的规定，非常具体，不厌其烦。其主要修正是在未来的选举团投票时，选举人必须对总统和副总统候选人分别投票。

虽然有了新的规定，但仍不能避免总统选举出现僵局。这次是在美国内战后的重建时期，与州选举人票的计算规则有关。内战使共和党以胜利者的姿态控制了全国政治，民主党因为和南方失败的事业紧密相连，一蹶不振。共和党通过内战胜利所获得的政治垄断地位，也带来了滥用权力的腐败。重建时期的两届格兰特政府（Ulysse Grant，1869—1877）成为美国宪政史上最不廉洁的政府，这使民主党人有了可乘之机，来个咸鱼翻身，险些夺取

---

① Margaret Coit, *The Growing Years: The Life History of the United States*, vol.3, 1789 - 1829, New York: New York Time - Life Books, 1975, p.41.

了"全国政权"。在1876年的总统大选中，民主党候选人蒂尔顿(Samuel J. Tilden)不仅比共和党对手海斯（Rutherford B. Hayes)多获25万张选民票，而且还获得了184张选举人票，离规定的185票仅一步之遥。而海斯只得到了165张选举人票。但是命运之神最终却选择了海斯。

原来，当年的选举舞弊盛行，尤其是在重建不久的南方，共和、民主两党都大玩手脚，弄虚作假。结果，南卡罗莱纳、佛罗里达、路易斯安那和俄勒冈四州竟然发来两套完全不同的选举结果报告。本来，根据宪法规定，要由作为参议院议长的副总统在两院全体会议上当众拆封，宣布总统选举结果。但现在，如果由他来决定，肯定是选择有利于自己党（共和党）的报告；如果由民主党占多数的众议院决定，那么肯定是蒂尔顿当选。于是，国会只好成立一个由15人组成的选举委员会（参众两院和最高法院各派5人)，其中民主共和两党各7人，无党派的大法官1人。1877年3月2日，离总统宣誓就职仅差两天，委员会以8比7裁定，海斯获得全部四个州的选举人票，以一票之差当选为总统。

这个纠纷解决的背后，实际上是笔不光彩的交易。南部以不反对海斯当选为条件，换取了后者结束重建、撤出联邦军队的承诺。海斯就职后，立即下令撤离了负责保护南部黑人选举权的联邦军队。这标志着"不仅放弃重建，而且放弃了黑人"。一位著名历史学家评论说：两党"妥协的真正受害者是南部的黑人，因为它正是以他们为牺牲品而达成的，从而使写入第14和第15条宪法修正案的各项保证的实际施行，延迟了三个世代之久。"[1]

亡羊补牢，为弥补宪政上的漏洞，1887年国会制定并通过

① 莫里森等著、南开大学历史系美国史研究室译：《美利坚共和国的成长》，上卷，天津人民出版社，1980，第1020页。

了《选举人票计算条例》(Electoral Count Act)，[①] 规定某州的总统选举人票出现争议时，州立法机关应在选举团正式投票选举总统的前一个星期，按大选前制定的选举规则，解决争议，产生该州的总统选举人名单，以免把矛盾推给联邦国会。这就是2000年大选计票大战中经常提到该《条例》中的"安全期"条款（safe harbor provision)。此后，美国大选再没有出现过1876年的情形。

## (二) 2000年总统大选　一波三折惊心动魄

2000年总统大选的两位主角分别是共和党的小布什（George W. Bush）和民主党的戈尔（Al Gore)。这两位都出自政治世家，小布什的爷爷是来自缅因州的国会参议员，老爸作过两届副总统和一届总统（1980－1992)。戈尔的老爹则是来自田纳西州的国会参议员。但就个人经历而言，小布什远比戈尔逊色。戈尔年方28就当选了国会众议员，后来又当选为参议员，国会经验丰富。在担任副总统8年期间，他与总统克林顿配合默契，积极参与国内外政策决策，活跃于国际外交舞台。

在戈尔当上国会议员的年龄，小布什还是公子哥儿一个，对酒的兴趣比政治大得多。只是娶了温柔贤惠的劳拉为妻后，小布什才"改邪归正，重新做人"。32岁那年（1978年)，他曾经尝试过竞选联邦众议员，但未能成功。此后，利用老爸的声望，他拉上几个不好驳他面子的投资伙伴，买下家乡得克萨斯州一支行将破产的棒球队，三弄两弄，愣使它起死回生，狠赚了一笔。受家庭影响，1994年小布什决定竞选得克萨斯州州长。尽管连父

---

① 此法后编入美国法典，见世界各国法律大典总编译委员会编译：《美国法典——宪法行政法卷》，北京：中国社会科学出版社，1993，第239－241页。

母都认为他获胜机会渺茫。但出乎很多人预料，小布什居然赢了。而且，在州长的位置，他居然干得相当不错，连很多民主党的选民都喜欢他。1998年，他以压倒多数获得连任，开始成为一名有全国性影响的政治家。不过，他毕竟是一方诸侯，缺乏联邦和外交工作经验，更无国际影响。当州长八年，他只就近访问过墨西哥，其他哪儿也没有去。所以，很多政治观察家都不看好小布什。

美国总统竞选热闹非凡，候选人飞来飞去，到处演讲，八方拜票。但仔细观察就会发现，由于“赢家通吃”的选举方式，选战的重点都放在那些至关重要的人口大州，特别是民主共和两党势均力敌的大州。传统上，共和党在保守的南部有优势，而民主党在开明的东北部及西部的加利福尼亚占主导。2000年总统大选，两党的竞选战略家们发现，仅靠传统的势力范围，他们的候选人都不足以保证大选胜利所需的538张选举人票中的半数。因此，他们把选战的主战场确定在东北部的宾夕法尼亚、中西部的密执安和佛罗里达，特别是民主党人，认为这是只能赢不能输的“铁三角”。当时一些专家预测，布什可能赢得多数普选票，而戈尔则有可能赢得多数选举人票。

随着2000年大选接近尾声，这些竞选战略家们深信，这次大选可能是1960年肯尼迪－尼克松竞选以来最激烈的一次，胜负难料，而佛罗里达可能是胜负的关键。佛州是全美第4人口大州（仅次于加利福尼亚、纽约和得克萨斯），有25张选举人票，谁失去佛罗里达，谁就可能失去总统宝座。因此，它的每一张选票都成为争夺对象。

布什在佛罗里达有一个得天独厚的优势，就是他的小弟杰布·布什（Jeb Bush）在佛罗里达当州长，口碑不错，此外，共和党又控制着州议会。但是，选战布阵靠本党，上场卖力还得靠亲兄弟。小布什投入大量人力财力，决心攻占佛罗里达，打破民主

党的铁三角。但戈尔抓住该州南部的拉美裔居民和从东北部移居来的老年选民不放，大肆宣扬民主党的社会福利政策和老年保障主张。为此，在竞选最后几天里，布什和戈尔几次进出佛罗里达，反复争夺。甚至在投票前几个小时，戈尔还在佛罗里达发表了最后一场演说。到选举前，一些民意调查表明，戈尔略为领先小布什。事后统计发现，两党的激烈选战，使佛罗里达这次大选的投票率从1996年大选的67%增加到70%。

11月7日全国计票开始，小布什、戈尔互相领先，一路追逐。双方都拿下自己的"票仓"州和估计获胜州。民主党拿下了铁三角中的密执安和宾州，如果再拿下佛罗里达，这总统宝座就非戈尔莫属了。但问题就出在佛罗里达。大约到了东部时间（佛罗里达）晚9点，根据一家专门对投票后选民进行科学抽样分析的权威机构的数据，各媒体宣布戈尔拿下了佛罗里达。消息传来，戈尔的支持者欢声一片，准备开庆祝会了。在老家得州等消息的小布什则不以为然，认为媒体的结论下得太早了。

民主党人的好景不常，10点过几分，媒体宣布数据有误，佛罗里达是未定之州。随着点票进行，到了半夜一点，其他各州选票结果大致清楚，此时佛罗里达成了双方的生死之州。当夜，笔者和一群美国研究生在南京大学中美文化研究中心熬夜盯住CNN，等待佛罗里达的选举结果。一个美式足球迷对笔者感慨说："这比看超级杯比赛还要扣人心弦。"

到了半夜两点（此时已是美国东部时间8日，星期三），CNN宣称小布什赢了佛罗里达，从而以271张选举人票险胜戈尔。光复失地，起死回生。此时笔者身边几位小布什支持者感激涕零，情不自禁。而戈尔的支持者则悲从心起。这一失一复的绞杀战，使很多年轻的政治爱好者大喜大悲。

戈尔颇为大度，按大选惯例，他打电话给小布什，承认自己败北，祝贺对手当选，表示愿意在新总统领导下，为美国人民服

务。“小布什赢了！”的头条新闻也在报馆里开印。世界各国领袖纷纷发来贺电，争先恐后向新总统示好。戈尔打完电话后，驱车前往田纳西州州议会大厦，准备公开认输。就在戈尔的车队快要到达目的地时，负责佛罗里达选举事务的州检察长（民主党人）电告戈尔，且慢承认失败，因为戈尔与布什所得选票的差距不到0.5%。根据佛罗里达的选举法，在这种情况下，需要重新计票。绝路逢生，戈尔居然又拣回了一条命，活了过来。

戈尔的竞选经理明确宣布，只要正式数据没有出来，竞选继续！于是，戈尔又打电话给小布什，宣布收回认输和祝贺。小布什不敢相信这是真的，因为他正准备向近乎狂热的支持者发表接受胜利的演讲。但他还是无奈地接受了现实，并努力安抚其支持者。世界各国领袖也很尴尬，纷纷又收回了祝贺。各路电视主播熬红了眼不说，还要把泼出去的水又收回来，承认自己这辈子从来没有遇到过这么难播的新闻。

现在，全美国，甚至全世界都盯住佛罗里达州。令人难以置信，共和、民主两党这场耗资30亿美元的选战，拼到最后，竟然是一千多张选票决定总统花落谁家。历史学家说，这是美国历史上最精彩的选举；老人们说，他们有生之年从来没有看到过这么激烈的大选；年轻人说，他们从来没有像今天这样感受到自己的一张选票会决定国家命运；好莱坞的导演说，要是剧本这么写，没有人敢相信这会是真的。无论结果如何，这次选举已经让美国历史上所有的选举黯然失色，即使是失败者，也将成为历史中的传奇人物。

11月8日下午，佛罗里达总算完成了67个县的计票工作：在大约6百万张选民票中，布什赢得2 909 135张，戈尔赢得2 907 351张，其他候选人共得139 616张，布什仅比戈尔多得1 784张选民票（相当于佛罗里达选票总数的0.0299%）！对戈尔及其支持者来说，这一不到二千票的微小差距，充满了巨大的诱

惑。他们相信，通过对选票的重新计算，可能会改变选举结果。但对于布什来说，自然不肯放弃到手胜利果实。结果，佛罗里达计票还未结束，有关选票的争执即起。更绝的是，计票纠纷引发十几桩法律诉讼案，官司一直从佛罗里达的地方法院打到联邦最高法院。

这场选举及其的世纪诉讼大战，引发了无数的批评和评论。香港的一位著名时评家把它称之美国大选中“最丑陋的一页”。对此，笔者曾经有一篇评论反驳道：“在这场司法大战中，人们没有看到半个月前在欧洲的南斯拉夫，在非洲的科特迪瓦总统大选中出现的两位总统候选人同时宣布自己获胜的情形，以及随之而来的混乱，看到的却是对法律的尊重。即使对佛罗里达州的四个县进行第二次重新计票（人工计票）不满，布什阵营也只是企图利用法律武器，阻止这一作法。在法院驳回他们的请求后，也未采取过激行动。如果把这种理性和法治也看作是丑陋的话，那么这世上就没有不‘丑陋’的政治了。”①

## （三）选票统计争议乍起　司法大战引人注目

在美国，由于宪法规定的选举团制度，选出总统选举人的具体方式和程序属于州政府的管辖权。由于美国实行联邦制，所以各州有各自不同的选举法。而佛罗里达州的选举法中，恰好就有前面提到的0.5%规定。如果候选人所得的选票差距在0.5%，各选区（县）选举委员会必须重新机器计票一次。另外，候选人有权在选举结束后72小时以内提出人工重新计票（manual

① 阮次山：《美国宪政上最丑陋的一页》，《联合早报》，2000年11月14日；任东来：《美国总统大选是否“丑陋”?》，《美中周刊》(www.usacn.com)，2000年11月17日。

recount）的要求，由县选举委员会决定是否可行。该选举法还规定，在大选结束后7日内，各县选举委员会须将选举结果上报州务卿办公室，由州务卿将选举结果（包括大选日后10日寄达的“通讯选票”（absentee ballots）汇总、确认和签署，然后宣布全州的正式选举结果，从而决定本州25张总统选举人票的归属。

11月10日，佛罗里达各县完成了机器重新计票，布什仍然领先，但与戈尔的差距缩小为令人难以想象的327票！这一情形促使戈尔方面要求对棕榈滩县（Palm Beach County）等若干属于民主党势力范围的选区进行人工重新计票。人工重新计票可不是件容易的事情，因为美国各地，甚至同一个州内的选票形式各异，投票方式也五花八门，从古老的选票（Paper Ballots）到旧式的打孔机（Punch Card），从光学扫描仪（Optical Scan）到最先进电脑表决器（Electronic），不一而足。其中打孔机是最普遍的一种选举机器，全美大约31%的选民使用这一方式投票。

佛罗里达的重新计票立即就遇到了麻烦。首先是该州棕榈滩等县打孔机所用的“蝶形选票”很成问题。设计这张选票的是该县选举委员会的一位民主党人，为了照顾当地大量老年选民，她想把字体印得大一些，结果在一页里就印不下了，只好分列两页，成了“蝴蝶”形。这样一来，戈尔的名字和一个极端保守派改革党的候选人布坎南的名字，连在了一起，稍不留神，就会选错，把该在戈尔名字旁边打的孔，打到了布坎南的名字旁边。棕榈滩县是民主党的重镇，结果布坎南却不可思议地得了几千张选票。面对这种结果，连他自己都不相信这是真的。

其次是一些被认为是废票的选票是否重新计算、以及如何计算的问题。在正常情况下，打孔机在孔印处打孔，应该把孔印击穿，孔芯（chad）脱离选票，随后，将打了孔的选票由计算机处理，选举即算完成。但很多选民打了两个孔，由此造成至少一万九千张废票。由于大部分废票出现在被认为是民主党支持者的黑

人社区，因此，民主党人自然认为，如果没有这一失误，戈尔就是总统了。尽管有些选民发现自己投坏了票，告上法庭。法庭当然不会插手干涉，因为这里面没有丝毫违法舞弊行为，投票失误是每个选民自己的责任，民主党人只好自认倒霉。另一类被认为是废票的是“漏选票”（undervotes，即机器没有识别出是否选择任何候选人的选票），人工计票主要是决定它们的归属。漏选票的产生是选票打孔时，由于种种原因，造成穿孔不透，或纸片残存。确定哪些漏选票是有效，哪些无效，实在是件非常困难的事情。

对于佛州的重新计票，布什阵营非常不满。11 月 12 日，布什不甘示弱，立马向佛罗里达的联邦地区法院提出紧急申请，要求法院下令立即停止人工计票，理由很简单：(1) 只在部分县进行人工重新计票，必然造成州内选票统计中事实上的不平等，违背了联邦宪法第 14 条修正案中平等法律保护条款；(2) 人工计票可能比机器计票更容易出错，其结果更不可靠；(3) 局部的人工重新计票会引发全州性的重新计票，甚至导致全国性的重新计票，从而否定已有的大选结果。但是，地区法院以人工计票属州法管辖范围、联邦法院不能随意干预为由，拒绝了布什方面的要求。布什方面决定向在亚特兰大的联邦巡回上诉法院提出上诉。16 日，该院以同样理由驳回他们的要求。

与此同时，共和党人也开始主动出击。州务卿、共和党人哈里斯（Katherine Harris）女士宣布，11 月 14 日（大选日后第 7 天）是各县上报选举结果的最后期限，逾时概不接受。哈里斯依法办事，民主党人却难以接受。因为棕榈滩等县人工计票刚刚开始，不可能在法定的计票期内完成人工计票。民主党控制的棕榈滩等县向州法院提出紧急请求，要求给予宽限。失败后，它们上诉到佛罗里达最高法院，要求阻止哈里斯在法院判决之前签署任何选举结果。此举终于成功。但州最高法院判决的党派色彩非常

明显，因为7名大法官中有6名是由民主党人州长提名和任命的。

11月20日，佛罗里达州最高法院开庭。法庭辩论主要集中在两个问题：（1）县选举委员会是否可以决定进行人工重新计票？(2) 州务卿是否有权拒绝逾期上报的计票结果？

戈尔阵营的律师认为，人工重新计票旨在保证选票统计的准确性，尊重和保护公民的政治民主权利。因此，州务卿哈里斯无权拒绝接受人工计票的结果。共和党方面回应说，州务卿依照法规和程序行事，忠于法律和职守。州最高法院对此没有司法管辖权。

从根本上说，双方争执的关键在于，如果尊重和保护公民的民主权利高于一切，那就应当不惜任何代价，重新精确计票，或者干脆重新投票；只要符合民主原则，在竞赛过程中也可以改变规则和程序。另一方面，如果宪政法治的正当程序和共和原则至高无上，那么在尊重民意的基础上应当注重对多数人的权力予以严格限制；在选举和计票过程中，任何人都不能以民主或民意为理由轻易改变竞赛规则。

11月21日，佛州最高法院以7比0的表决作出两项裁决：首先，如果机器计票和抽样人工计票的结果出现差异，县选举委员会有权进行人工重新计票；其次，州务卿的确有权拒绝逾期报来的计票结果，但这一权力不是绝对的，而是有条件的。因为选举权是州宪法保障的最重要的公民权利，是其他公众自由的基础，必须得到尊重和保障。“技术性法律规定不能凌驾于选举权的实质内容之上”（Technical statutory requirements must not be exalted over the substance of the right)。为此，它宣布：棕榈滩等县可以继续进行人工计票，但计票结果必须在5日内（11月26日下午5时前）上报给州务卿，后者必须将这些结果包括在州大选

的最后结果中。[①] 针对这一判决，当代美国最有影响的法学家兼法官（联邦第七上诉法院）波斯纳批评说，它是引发大选案几乎不可收拾的关键性失策（one critical misstep），因为"它剥夺了州法赋予州务卿的自由裁量权，从而侵犯了立法部门确立选择总统选举人规则的专有权力"。[②]

这个裁决显然是民主党方面一个重要的胜利，但他们可能高兴得太早了，要在5天内完成几十万张选票的人工统计，谈何容易！人工计票的第二天，一桶冷水就当头泼向了民主党人。11月23日，四个进行人工计票县[③]中的一个迈阿密－戴得县选举委员会突然决定：他们将停止人工重新计票，因为无法在5日内完成该县的人工计票工作。对此，民主党方面立即向佛罗里达最高法院提出紧急申请，要其下令该县立即恢复人工重新计票。但这一次，他们未能如愿以偿。

---

① 在有关州务卿可否接受逾时报来的选举结果问题上，佛罗里达的选举法的规定不够清楚。该法第102.111条称，如果某县逾时没有送报选举结果，该县的选举结果"将被忽略不计"（shall be ignored）；但在第102.112条中，对同一问题，州法又使用了"可被忽略不计"（may be ignored）的字眼。到底应该以哪一条为准？州务卿哈里斯和戈尔方面各执一词。为此，州最高法院明显感到，裁决这一相互矛盾规定的困难。但因其"不愿意改写州选举法"，它只能诉诸于"启用法院的衡平法权力（equitable powers）来提供一个补救性措施"，并据此作出了上述的决定。布什方面则认为，这项决定不正当地超越了法院的权限范围。*Opinion of Palm Beach County Canvassing Board v. Harris, Volusia County v Harris, and Florida Democratic Party v. Harris*,（Case Nos. SC00－2346，SC002348，SC00－2349 in Florida Supreme Court，November 21，2000）. 转引自王希：《2000年美国总统大选述评》，《美国研究》，2001年第1期。

② Richard A. Posner, *Breaking the Deadlock: the 2000 Election, the Constitution, & the Courts*, Princeton, NJ: Princeton University, 2001, p. 160.

③ 它们是 Volusia，Palm Beach，Broward，and Miami－Dade.

11月26日下午5时，是人工重新计票的截止时间。只有一个县完成了人工重新计票。当晚，州务卿哈里斯正式签署了佛罗里达选举的结果：布什赢得2,912,790票，戈尔赢得2,912,253票，布什以537票领先。哈里斯拒绝了迈阿密－戴得和棕榈滩两县的人工计票结果（戈尔在两县分别净增选票168张和215张），理由是前者报来的只是部分统计结果，后者则超过了截止时间，尽管仅仅晚了几个小时。对民主党来说，这几乎是一张死刑裁决书。但戈尔阵营决不服输，次日，他们向佛罗里达巡回法院提出紧急请求，要求下令哈里斯接受上述两县人工计票的结果，并命令迈阿密－戴得县完成人工计票。12月3和4日，法院作出了不利于戈尔的决定：下令两县将有争议的选票运到法院备查，但它没有同意恢复戴得县的人工计票。

## (四) 最高法院出手　大选尘埃落定

当戈尔方面还在为维持人工计票而苦苦挣扎时，布什阵营却采取孤注一掷的战略，向联邦最高法院提出上诉，要求审查21日佛州高院决定的合法性。这对民主党人无疑是釜底抽薪。24日，最高法院宣布接受这一案件，决定在12月1日开庭。这样，人们的眼光便从佛罗里达转向了华盛顿特区的最高法院。在法庭上，布什方面称，根据美国宪法和1887年《选举人票计算条例》，州议会有权决定各州总统选举人产生的方式，在选票出现纠纷时，应按大选前制定的法律解决。而现在，佛罗里达州最高法院的决定却改变了原定的计票程序和时间表，不仅违反了1887年的《选举人票计算条例》，而且也违反了宪法第14条修正案中的正当程序的原则（即未经正当法律程序，各州不能剥夺公民享有的联邦权利）。

戈尔的律师反驳说，人工计票是佛罗里达选举法认可的一项

正常计票程序，旨在获得一个公正的结果。由于州选举法的有关规定语焉不详，造成理解上的差异和运用中的矛盾。为此，州最高法院有权对其进行解释，这种做法既没有损害州法和公民的权利，也不违反正当的法律程序，所以不存在州法院越权的问题，最高法院不应干预。

三天后（12月4日），联邦最高法院以9比0作出判决。它对布什和戈尔的分歧不置可否，以州最高法院没有说明其决定的法律基础，也没有论及它与联邦相关法律之间的关系为理由，“搁置”（vacate）了佛罗里达最高法院的判决，并将“案件发回”（remand），最高法院虽未作出直接裁定，但这一决定至少表明，它拥有干预的权利。

就在同一天，佛罗里达的巡回法院也对戈尔方面的上诉作出了判决，结果却令民主党人大失所望。法院认为，戈尔方面缺少足够的具体证据，说明人工计票有可能改变现有的选举结果，州法中也没有规定州务卿必须接受不完整的计票结果，所以，法庭不能强迫迈阿密-戴得县恢复人工计票，也不能否决哈里斯已签署的选举结果。显然，选票争执的天平开始摆向共和党，但戈尔仍然不放弃最后的一线生计，再次寄希望于佛罗里达最高法院的干预。

12月8日，佛罗里达最高法院以4比3票的票数，部分推翻了巡回法院的决定，明确棕榈滩的计票结果和迈阿密-戴得县不完整的计票结果都应该包括在最终的统计结果（这使戈尔与布什的差距缩小到154票!），并下令在全州范围内（总共63个县，除已经完成人工计票的三个县外）人工统计大约6万张漏选票，但并没有确定何为漏选票的标准。显然，这一作法是为了减少对部分地区人工计票不公的批评，给予戈尔一个最后的机会。这一作法的党派倾向非常明显，实际上是无视联邦最高法院的意见。布什方面岂能善罢甘休，遂向联邦最高法院提出紧急上诉。

12月9日上午，在佛罗里达州各县刚开始人工统计漏选票两小时以后，最高法院接受了布什阵营的上诉请求，发出了紧急命令，要求佛罗里达立即停止人工计票，宣布12月11日再次举行法庭辩论，并将此案正式定名为布什诉戈尔案（Bush v. Gore）。[①]这一紧急命令以5比4票的表决结果作出的，保守和开明两派大法官的立场泾渭分明。赞成停止计票的5名法官中，除首席大法官伦奎斯特（William Rehnquist，1972－1986年为大法官，1986年起任首席大法官）、大法官斯卡利亚（Antonin Scalia，1986年起任职）和托马斯（Clarence Thomas，1991年起任职）这3位著名的保守派之外，还有中间偏保守的肯尼迪（Anthony Kennedy，1988年起任职）和奥康纳（Sandra Day O'Connor，1981年起任职）。反对停止计票的开明派大法官是史蒂文斯（Paul Stevens，1975年起任职）、布雷耶（Stephen Breyer，1994年起任职）、金斯伯格（Ruth Ginsburg，1993年起任职）和苏特（David Souter，1990年起任职）。

在12月11日的庭辩中，布什方面的律师主要强调两点：其一，佛罗里达最高法院下令对有争议选票进行人工计票、并由巡回法院来制定计票标准的决定，违反了宪法第2条总统选举人产生条款和1887年《选举人票计算条例》的“安全港”条款；其二，缺少统一标准人工重新计票（standardless manual recounts）违反了宪法第14条修正案的平等法律保护和正当程序条款。戈尔阵营的律师则强调，佛罗里达最高法院的决定是对佛罗里达选举法的合理解释，它没有制定新的法律，只是补救选举中出现的问题，联邦最高法院应该尊重州法院的判决。

---

① “Order Granting Application for Stay,” *Bush v. Gore*, 531 *U.S.* (December 9, 2000), http://supreme.lp.findlaw.com/supreme-court/orders/2000/00-949.html.

显然，布什诉戈尔案主要涉及到以下几个内容：(1) 对联邦及州选举法规的解释；(2) 美国总统的选举程序；(3) 州司法机关在有争议的选举中有关的司法行为。换句话说，它涉及到了最高法院对州及联邦各级政府行为的审查。应该说，这些都是最高法院司法审查的范围。

次日晚，在万众瞩目中，最高法院以与9日下达紧急命令时完全一样的5比4一票之差，作出了最后裁定，"推翻佛州最高法院命令继续人工计票的的决定"。[①] 最高法院多数意见认为，佛州高院的判决存在宪法问题，违反了平等法律保护条款，必须给予上诉一方（布什阵营）补救。多数派法官作出裁决的主要理由如下：(1) 一旦州法律授予州居民有权选举总统选举人，这一选举权就成为一项基本的宪法权利；(2) 如果州政府的行为损害了这一基本权利，联邦法院应对这些行为进行严格的司法审查；(3) 在本案中，佛罗里达州的法律以及州法院均没有给出一个明确的标准，说明应当如何进行第二次重新（手工）计票，并且确保每一投票均能以一种平等的方式公平、准确地统计；(4) 因此，第二次重新计票，即手工计票，违反了宪法第14条修正案所要求的平等保护，以及为正当程序所要求的公正对待每一个投票者的条款。

最高法院的决定使戈尔失去了最后一根救命稻草。12月13日晚，戈尔向布什承认失败，并发表了颇为感人的电视讲话。虽然戈尔不失幽默地说，他已经又给布什打了一通祝贺电话，这回

① 与通常的法院意见（opinion of the court）表述不同，这里的法院意见是 *Per Curiam Opinion*，它一般用于案情简单且紧迫的案件，其判决相对简单，无需对法院决定的理由作深入展开的总结。也不要求法官在决定上签名。裁决书见 *Bush v. Gore*, 531 *U.S.* (December 12, 2000) . http: // laws.findlaw.com/us/000/00 - 949.html.

不会再次收回祝贺了。但从戈尔发表这一讲话时并不轻松的面部表情和略带颤音的声调中，人们很容易地感受到戈尔此刻复杂的心情，难免对他抱有深深的同情。是啊，在经历近两年的精心准备，近一年的艰苦竞选，特别是大选日后36天苦苦的挣扎和前途不定的痛苦等待之后，而且是在领先对手53万余张普选票的情况下，仅仅因为佛罗里达州几百张选票而与白宫失之交臂，这对任何政客来说，都是非常痛苦的。要接受失败的结果，的确需要相当的勇气。

美国的总统竞选很像一场重要的体育比赛，要经历预赛（争取两党总统候选人提名的预选）、复赛（全国党代表大会正式提名）和决赛（两党候选人竞选）的漫长过程，但较体育比赛更为残酷的是，它只有冠军而没有亚军的位置。戈尔能够平静地，虽不是情愿地接受了失败的结果，并在认输讲话中表现出君子风度，应该说是“虽败犹荣”。

这样，持续36天的选后诉讼正式结束。36这个数字恰好也是200年前那次总统选举僵局中，众议院投票的次数。笔者在当时的一篇时事评论中写到：“200年前36次的投票，200年后36天的等待，最终都是以政治家放弃党派成见，置国家利益于第一位而解决了总统产生的僵局，由此可见，在我们诟病美国选举政治和党派政治弱点的同时，我们也应该看到美国政治生活中存在着一股世界上很多国家都缺乏的那种强大的凝聚力，这就是戈尔希望他的支持者时刻牢记的名言：‘我们都属于一个民族，有着共同的历史和共同的命运。’”①

2001年1月6日，107届国会开幕。非常残酷的是，戈尔以参议院议长的身份宣读他在内心中并不承认的大选结果：在选举团的538张选举人票中，布什和切尼赢得271张，戈尔和利伯曼

① 任东来：《两个36的启示》，《联合早报》，2000年12月19日。

赢得266张。在全国范围内，布什共得民选票50，456，141张（占总票数的47.87%），戈尔共得民选票50，996，039张（占总票数的48.38%）。布什比戈尔少了约53万张左右普选票，成为继1888年哈里森之后又一位少数票总统。英国《经济学家》杂志“以偶然胜出的总统”为题评论说：现代政治史上“极少出现过以如此微弱的胜利赋予某人以如此巨大的权力”。[1]

## 五、民主与法治的平衡　一个永恒的难题

美国最高法院多数派的裁决受到了自由派的广泛批评和质疑。有人嘲笑说，5位保守派大法官在这次总统选举中投了布什两次票：一次在11月大选中，一次在12月的裁决中。批评主要集中在司法对政治的干预和对民主原则的违反。

在美国，选举问题是一个政治问题。而根据美国“伟大的首席大法官”马歇尔留下的宪政遗产，法院一般不应介入政治问题。但人民的选举权乃是人民的一项根本的宪法权利，当整个问题涉及人民的选举权时，法院是否应该介入？如果按照沃伦法院在卡尔诉贝克案中确立的先例，[2]介入似乎理所应当。但问题是，伦奎斯特法院一向以保守著称，奉行司法克制哲学，它的介入难免有党派倾向之嫌，有损司法独立的美名，因此，有论者甚至认为这次“大选开创了由联邦最高法院裁决总统大选争执的先例，打破了美国宪政中三权分立的神话。”[3]

这个评论可能过于绝对，因为这里涉及到一个判断标准的问题。抛开党派政治因素不谈，如果认为60年代沃伦法院对贝克

---

① “The Accidental President”, *The Economist*, Dec. 16, 2000.

② 参见本书第17章。

③ 王希前引文。

案的判决是正当的司法干预，有助于美国民主制度完善，那么，同样道理，也很难说大选案不是正当的司法干预，有助于美国大选政治的稳定。[①] 因为，按传统的标准，两者分别涉及州议员的选区和总统选举的地方选票问题，都是不适合联邦司法解决的地方政治问题。因此，不能因为是开明派的干预就说是正当，保守派的干预就是越权。

同样需要指出的是，仅就形式而言，也是五十步笑一百步，半斤八两。因为佛罗里达最高法院人工计票决定在先，联邦最高法院的裁决在后。[②] 一位美国教授的评论可谓一针见血：最高法院的“非法”不过是对佛州高院“非法”的反击。[③] 如果在原则上认可佛州高院司法干预的合法性，就很难不赞成联邦最高法院干预的合理性，因为总统选举人的产生显然与宪法及联邦法律密

① 据盖洛普民意调查显示，在审理布什诉戈尔案之前，超过70%的被访问者（包括布什和戈尔阵营的人）认为最高法院是解决选举纠纷最值得信赖的机构，并且能够对案件作出公平判决。最高法院判决后第二天的一项民意测验显示，80%的民众准备接受布什为他们的总统。

② 对佛罗里达最高法院的干预和联邦最高法院干预的合法性，自由派学者和保守派学者有着完全对立的看法，各有一套自圆其说的论证方法。详情参见 Arthur J. Jacobson & Michel Rosenfeld, eds., *The Longest Night: Polemics and Perspectives on Election 2000* (Berkeley, CA: University of California Press, 2002)，特别是其中 Michel Rosenfeld 的 "*Bush v. Gore*: Three strikes for the Constitution, the Court, & Democracy, but There is Always Next Season" 和 Nelson Lund 的 "the Unbearable Rightness of *Bush v. Gore*" 两篇长文，pp.111–188。

③ David A. Strauss, "Not Partisan, but Lawless", in *The Vote: Bush, Gore & the Supreme Court*，转引自 Posner, p. 160.

切相关。[1] 惟一可以指责的是，伦奎斯特法院一向保守，主张限制联邦权力，强调限制平等保护条款的适用范围，突出保护各州的权力，而它在大选案上的态度有悖它的基本司法理念。

在这次选举纠纷处理过程中，政治化倾向显而易见。州务卿哈里斯[2] 与棕榈滩等县选举委员会之间的选举法权限之争，佛州最高法院对哈里斯决定的两次否定，联邦最高法院决定的泾渭分明，都显示出党派意志的较量。为此，《纽约时报》的著名外交专栏作者托马斯·弗里德曼甚至表示："戈尔先生为美国人民挨了一枪子儿。这打在美国人民胸口的一枪是最高法院 5 位保守派大法官放的，他们出于政治的动机裁定布什为总统"。[3] 不过，所有这些政治较量都限于对法律的不同理解和法律漏洞的利用，基本上没有背离法律本身。讨论这一司法大战，多大程度上是一种纯粹的法律之争，在多大程度上是一种党派之争，并没有多少实际意义。

如果我们接受丘吉尔的看法，承认民主只是与独裁之间选择中的一种"两害之间取其轻"的制度的话，那么，我们似乎同样也应该接受哈佛大学法学教授昂格的见解："就所涉及的社会方方面面而言，与人寿保险和自由主义本身一样，法治只是从恶劣

---

① 国内知名美国宪政学者张千帆教授也认为："因此，问题并不在于法院是否应该干预，而是究竟哪个法院应该干预，并且其决定应被作为最终决定而获得尊重。"，他认为，佛州高院比最高法院更适合。《论美国总统大选的宪政问题》，《中外法学》，2001 年第 4 期，第 415 页。

② 哈里斯本人同时还是共和党在佛罗里达竞选委员会的两主席之一。因为这次选票争议，她一时成为全国性人物，在 2002 年美国国会选举中，顺利当选为众议院议员。

③ Thomas L. Friedman, "Medal of Honor". *New York Times*, Dec 15, 2000.

环境中寻求的最佳结果”，[1]因此，实在没有必要把法治理想化。司法独立应该理解为一种制度上的独立，即不依赖与任何其他政府部门或党派而存在，理解为对法律的忠诚而非党派政治的顺从。法官并不完全是“众人皆醉我独醒”的超凡脱俗之辈，法院也不可能是不食人间烟火、不受各种思潮观念渗透和影响的孤立存在。不同的法官有不同的政治哲学，它们构成了其理解和解释法律的基本框架。完全客观中立的法官只存在于书生的法律王国之中。

那么，联邦最高法院多数派“迫不及待地介入此案”的作法，是不是“打破了自己传统的保守主义立场”？他们的决定是不是“不言而喻”的“政治性决定”呢？[2]似乎很难十分肯定，这从判决书中五花八门的意见中可窥一斑。这个判决书一共分成六个部分，一个多数意见，一个附合意见，四个不同意见，其中只有一个是三位大法官一致同意，其余三个不同意见都是双重异议。

裁定佛州高院做法违宪的是7名大法官，其中包括两位开明派大法官布雷耶和苏特。他们认为，佛州人工重新计票一案的确涉及了联邦宪法和联邦法律问题，宪法明确规定由各州议会制定产生总统选举人的方式和程序，并给予选民的投票权以及行使方式以平等的法律保护。由于佛州最高法院的判决未能提供一个“符合联邦宪法最低要求的”统一的计票标准，同样的选票会得到“不平等的衡量”。这里的问题不是人工计票是否可以拖延，而是人工计票的不同标准是否损害宪法的平等法律保护原则。但这一理由在自由派批评家看来，非常荒唐可笑。因为佛罗里达州

---

① Robert Mangabeira Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, NY: The Free Press, 1976, p.76.

② 王希前引文。

一共有 67 个县，有着不同的投票形式，根本不可能存在着统一的计票标准，只能是根据各县不同的选票形式和投票方式来决定选票是否有效。

需要特别指出的是，最高法院裁决本身并没有下令停止人工计票。像美国任何一个上诉法院，最高法院只专注于原审法院作出判决的方式是否符合法定程序或联邦宪法和法律，从而保证审判没有法律上的错误。因此，它只是将案件发回，要求佛罗里达高院重审，并作出与最高法院法院意见相符合的决定。[1] 显然，这是根本不可能的，因为它作出判决的时间（12 日晚上 10 点）离它认为合法的选票统计截至时间（12 日）只剩下有两个小时，这实际上断绝了佛州高院采取任何补救行动的可能性，也断绝了戈尔的最终希望。这种做法似有"不诚实"（intellectual dishonesty）之嫌，但却是最高法院的惟一选择。因为它可以辩称，它只是对法律程序，而非总统选举问题作出了其权限范围内的判决。此外，确认 12 月 12 日为截止期的并不是最高法院的意见，而是佛州议会根据联邦有关法律制订的选举法确定的。

布雷耶和苏特两位自由派大法官虽然在人工计票案具有宪法性的问题上与多数派站在一起，但他们认为联邦最高法院不必死守 12 月 12 日截至时间，而应该允许佛州建立统一的计票标准，并在 12 月 18 日选举团投票前完成人工计票即可。他们的这一异议得到了史蒂文斯和金斯伯格两位大法官的部分同意。[2]

真正一致的异议是由史蒂文斯大法官提出，布雷耶和金斯伯

---

① 原文是 The judgment of the Supreme Court of Florida is reversed, and the case is remanded for further proceedings not inconsistent with this opinion。所以，直到 22 日佛州高院才正式驳回（dismissed）本案。

② Souter, with whom Breyer joins and with whom Stevens and Ginsburg join with regard to all but Part C, dissenting.

格大法官加入。针对多数派大法官的说法——佛州高院的决定改写了佛罗里达的法律，他认为佛州高院的决定不过是解读州立法机构的立法。更重要的是，美国宪政实践的传统一向是，在涉及州法的含义时，州最高法院的有关决定是最终裁决。因此，联邦最高法院不应介人。在结论中，他甚至上纲上线道：“法治的真正支柱，在于对执法者的信心。时间会有一天愈合今天的判决给这一信心所造成的伤害。但是，有一点是肯定：我们或许永远无法百分之百地确定，到底谁才是今年总统选举的赢家，但确定输家却显而易见，那就是这个国家对法官作为法治无私的守护神的信心。”[1]

金斯伯格和史蒂文斯的异议主要强调，不应该质疑佛州高院对州法的解释，它并没有改写法律。[2]在所有的异议中，以布雷耶大法官的异议最为突出，因为他从根本上认为，这是个政治问题，具有不可司法性。[3]由此看来，除了布雷耶外，其余的大法官都认为佛罗里达选票争议是可以由司法管辖的，分歧只在于是由州还是由联邦司法管辖。

尽管最高法院最终进行了干预，但实际上，这一干预相当勉强。在法院意见书的结尾部分，多数派大法官不得不这样表白：“没有人比本法院的成员更明了司法权的根本限制（the vital

---

① Stevens, with whom Ginsburg and Breyer join, dissenting. 值得注意的是，史蒂文斯是共和党人福特总统任命的，一向被认为是倾向共和党的保守派，但这次却成为坚决反对最高法院决定的异议者。显然，保守派和开明派的分类并不十分准确，同时也说明指责最高法院这一决定完全受党派利益支配，根据并不充分。

② Ginsburg, with whom Stevens joins, and with whom Souter and Breyer join as to Part I, dissenting.

③ Breyer, with whom Stevens and Ginsburg join except as to Part I – A – 1, and with whom Souter joins as to Part I, dissenting.

limits)，在尊重宪法的设计——通过他们的立法机关让人民并由政治来选择总统——方面没有人比本院更坚定。但是，当诉讼双方启用诉讼程序后，我们就必须处理诉讼中的联邦以及宪法问题，这是我们义不容辞的责任。”①

很难说，保守派大法官因为党派利益改变了他们司法克制观念。因为，正是通常被认定为保守派的三位大法官强调，应由佛州议会，而不是州最高法院，处理整个选举事宜。他们还指责州最高法院在审理整个案子时不是在解释州法，而是在重新创制州法。首席大法官伦奎斯特、大法官斯卡利亚和托马斯3人，在支持裁决的附加意见中指出，按照佛州法律，只有那些标记清楚的选票才是有效票，而佛州最高法院允许人工计算标记不清选票的作法违反了佛州的立法。本来。这虽然只涉及到佛罗里达州内部的分权问题，但本案涉及的却是总统选举这一事关联邦的大事，属于宪法第2条规定的内容。因此，他们才不厌其烦地从法理上说明，在选票汇总上报的截至日期和所谓合法选票（Legal voter）问题上，佛州最高法院如何违反了佛州有关选举的法律和宪法的第2条，其次，从技术可行性上说，要在12日之前完成重新计票，是根本不可能的。②

在判决意见书中，需要特别注意的是布雷耶大法官的异议。通过对总统选举问题的宪法史考察，他强调，布什诉戈尔案涉及的是一个不可司法的政治问题，因为“美国宪法的制定者和［制订1887《总统选举人条例》的］1886年国会作出的决定，都是尽可能地减少最高法院在解决总统选举难题上的作用，这既明确又明智。对国会来说，解决选举纠纷难题可能是非常棘手和困难，但是，作为一个政治机构，它比非民选的最高法院更准确地

① *Bush v. Gore*, 531 *U.S.* (December 12, 2000).

② Rehnquist, with whom Scalia and Thomas join, concurring.

表达了人民的意愿，而人民的意愿正是选举的意义所在。"

在结论中，布雷耶写道："我担心，为使这一久拖不决的、令人烦恼的选举过程有一个明确的结果，我们没能充分注意到有必要'制衡我们自身权力的行使'，'我们自我约束意识'[①]"。他还援引著名大法官布兰代斯（Louis D. Brandeis，1916 - 1939 任职）关于司法克制的名言："我们要做的最重要的事是什么都不要做"。[②]"最高法院今天所做的，其实并不应该做。"[③]布雷耶的看法是，最高法院应当进行自我约束，驳回案件而不触及其实质问题。应该说，布雷耶的观点有相当强的合理性和理论上的说服力。

此外，还有一个利益冲突是否应该回避的问题。其背景原因是，已有几位最高法院大法官表示近期将退休，这意味着，不论谁上台，新任总统都会提名自己信任的人选出任大法官。而大法官自身，不论是开明派，还是保守派，当然都希望有志同道合的同僚。这样一来，他们在大选案中的态度就与自己的这一利益搅和在一起，这很可能是保守和开明两派如此泾渭分明的一个主要原因。所以，从利益回避的角度来看，最高法院似乎也不应该接这个案子。[④]

可是，为什么这些观点曲高和寡，无人喝彩呢？这就是现实政治在起作用。俗话说，国不可一日无君。"民主"的美国也同

---

① *United States v. Butler*, 297 U. S. 1, 79 (1936) (Stone, J., dissenting).

② 原文是 The most important thing we do is not doing。

③ Breyer, with whom Stevens and Ginsburg join except as to Part I - A - 1, and with whom Souter joins as to Part I, dissenting.

④ 自由派批评家还指出，大法官斯卡利亚儿子工作的律师事务所，恰好是替布什在最高法院辩护的那一家。而大法官托姆斯的太太则在著名的保守派思想库传统基金会（Heritage Foundation）工作，负责为布什政府物色合格的官员人选。Gore Vidal, "Democratic Vistas", *Nation*, 15 Jan., 2001.

样如此。如果让民选的州议会或国会来决定总统人选，如果每一张选票都要由人工重新精确统计，这样的话要折腾到何年何月？在宪政危机的压力面前，民主的逻辑难免显得有些苍白无力。有人评论说："从宪政秩序的角度来看，最高法院可能帮了国家的大忙；从法律推理来看，最高法院的这个决定很糟。一句话，最高法院的决定产生了秩序，却没有法律"。[①] 因此，你可以说布什诉戈尔案的裁决是一个遭糕透顶的司法判例，极大地损害了司法部门公正独立的形象；你也可以说最高法院果断介入计票争端，成功地化解了一场因总统难产导致的宪政危机；你可以说每一张选票都代表了民众的心声，停止重新计票实际上等于忽视了民主原则；你也可以说遵循宪政法治的规则和程序比"顺从民意"更为重要，共和制比民主制更为根本。对此，主要看评论者的个人偏好，是一个见仁见智的问题。但有一点可以肯定，这场司法大战着实让世人看到了美国民主的成就与局限，美国法治的成功与遗憾。

此外，在这场世纪大案的裁决过程中，大法官之间不同意见畅所欲言，激烈交锋，让人们领略了美国法治的华彩篇章。一位中国学者虽然对美国最高法院的判决略有微辞，但仍然赞扬道："我们看到一个独立与公正的司法机构对于保证民主选举的完整与可靠是至关重要的，而司法公正的重要保障即在于司法程序本身必须是一个自由、平等与公开的说理过程，其中每个法官（不论是几"品"、有没有官衔）都可以不受压制、毫无顾忌地表达自己对宪法与法律的观点，而他（她）的任何法律意见——无论是多么智慧或荒谬——也都将受到法学界同行、学者乃至整个社

---

① 原文是 the Court's decision produced order without law, Cass R. Sunstein, "Order without Law", *The Vote: Bush, Gore & the Supreme Court*, 转引自 Posner, p.161.

会与历史的无情检验。”①

经历了36天的诉讼大战后，戈尔在承认败选的演说中所表现的君子风度和对宪政法治的尊重，让人们再一次领略了美国法治的精彩和无奈。他说：“现在最高法院已经说话。尽管我不同意法院的判决，但我接受它。”这句话充分显示出最高法院在美国人心目中至高无上的权威地位：它作出的判决可能会出错，可能会不被失败者内心认可，但却会被无条件地接受。

针对戈尔的认输讲话，《纽约时报》专栏作者弗里德曼有精彩的评论。尽管他认为最高法院的判决带有政治倾向，但他却深信，美利坚民族对宪政法治的信仰是美国强大的关键。因为“判决的失败者接受法治以及法治背后的制度为最终的、合法的原则。”“只有通过这种方式，只有当我们重申我们对法律制度的忠诚，甚至即使它对我们不利时，制度才能长存、改进并在失误中总结教训”。②

弗里德曼认为，美国成功的秘密不在于华尔街，也不在于硅谷；不在于空军，也不在于海军；不在于言论自由，也不在于自由市场。真正的秘密在于长盛不衰的法治及其背后的制度。正是这种制度使每一个人可以充分发展而不论是谁在掌权。美国真正强大的力量，在于“我们所继承的良好的法律与制度体系——有人说，这是一种由天才们设计，使蠢才们可以运作的体系。”③

弗里德曼的评论赞扬了美国法治的精彩，但却回避了美国制度中的非民主成分。这次大选使美国选举制度中的几个不够民主

---

① 张千帆前引文，第417页。

② Thomas L. Friedman, “Medal of Honor”, *New York Times*, Dec 15, 2000.

③ Thomas L. Friedman, “Medal of Honor”, *New York Times*, Dec 15, 2000.

的问题暴露无遗。正是选举人制和赢家通吃的原则致使戈尔在领先对手 50 多万张选民票的情况下，功亏一篑。而正是由于非民选的最高法院而不是民选的国会的干预，戈尔失去了最后的一根救命稻草。因此，一个根本性的问题是，这一在 200 多年前因为妥协而形成的总统选举人（选举院）制度是否仍然适合今天的美国社会？很显然，如果没有选举人制，就不会有这场惊天动地的选举诉讼大战。这一制度的不民主成分（来自小州的选举人的代表性远不及来自大州的选举人）显然与今天很多美国人所信奉的民主观念格格不入。而赢家通吃的选举原则也远非欧洲大陆比例代表制那样公平，但因为选举人制有利于小州，赢家通吃则有利于对两大党轮流执政，不让第三党在全国范围内有任何可能的成功机会，这些问题在美国目前的政治框架中根本没有改革的可能性。一百多年来，有关废除或修改选举人制的方案和法案成百上千，但皆胎死腹中，无一例外。虽然有严重的问题，但美国的总统选举制度却依然充满活力，长盛不衰，吸引了无数普通的美国人投入其中，他们满怀热情，自发自愿，就如同参加一场极具魅力的体育比赛一样。显然，对于任何一种政治制度而言，重要的不是完美无缺，而是经久耐用，符合国情民意。多少具有讽刺意味的是，并不相信民主万能、也没有对其选举制度进行“民主改革”的美国政府却不遗余力地在世界各地倡导和推动民主！

另就程序问题即投票的方式而言，美国的总统选举制度也存在很多不公正的地方。在美国，选举完全是地方的事务，富裕的县可以不断更新其投票设备，尽可能减少误差；贫穷的县却没有办法作到这一点，投票设备陈旧，容易出错。因此，投票方式的差别实际上反映了经济上的贫富差别所带来的政治表达权益的差别。以打孔机（Punch Card）和光学扫描仪（Optical Scan）为例，用前者投票，其出错而无效的机率比后者高三倍。而民主的程序则要求，所有合格的选民应该有平等的投票条件和环境，他们的

选票也应该得到同样的准确统计。

因此，人们不禁要问，不论从内容还是从程序而言，当美国人连自己国家的选举制度都没有办法民主化时，它还能成为一个有意义的民主的榜样和民主价值的倡导者吗？

（任东来）

# 28. 美国政府为何总跟微软过不去?

## ——美国诉微软案 (2001)[①]

美国政府和19个州联合起诉微软公司一案（United States v. Microsoft Corp），是20世纪美国最大的反垄断诉讼，举世瞩目，毁誉参半。这是一场涉及现代科技、市场机制、法律制度和政府反垄断政策的司法大战，案情空前复杂。尽管微软最终免遭分拆，逃过一劫，但这场官司涉及到的诸多复杂问题，仍然值得思索和探讨。

## (一) 政府适度干预的理论假设

可能有人会纳闷，比尔·盖茨（Bill Gates）白手起家创业，既无政府资助，又无特许专营权，凭本事研制出视窗（Windows）操作系统和应用软件，缔造了一个成就非凡的软件帝国，使电脑从当年深奥莫测的庞然大物变成今日寻常百姓家中的必备工具，使微软成为推动美国“新经济”增长和高科技股市腾飞的火车头之一。对这种国家级“有突出贡献”的企业家和私营企业，政府不但不表彰奖励，树立个“信息业学微软”之类的典型，反而却恐吓打压，甚至放话要把微软一刀两断。美国政府是不是吃饱了撑的？再说了，在市场经济体制下，政府到底凭啥瞎插手市场竞

① *United States v. Microsoft Corp*, No. 005212A – 06/28/2001, http://laws.findlaw.com/dc/005212a.html.

争和高科技企业之间掐架的事呢？

多年来，美国的一些思想库和智囊团一直热衷于向俄罗斯和中国的学术精英兜售那种彻底取消政府干预，实行自由放任市场经济的灵丹妙药。其实，那只是“空想资本主义”的神话。诺贝尔经济学奖得主、曾任世界银行副行长的美国经济学家斯蒂格利茨（Joseph E. Stiglitz）有句名言：“亚当·斯密看不见的手，就是皇帝的新衣。之所以看不见，是因为本来就不存在。”[①] 这道理很简单，假设最初人为地设置了一个完全公正平等的市场竞争环境，但要不了多久，优胜劣汰的市场规律就将起作用而消灭自由竞争，形成垄断竞争和寡头垄断。换句话说，资本为了谋求最高利润，天生具有垄断的倾向。这样，当“市场失灵”时，政府的适度干预和调控显然具有一定的必要性。

理想化的政府宏观调控政策，应当是一方面鼓励自由竞争，优胜劣汰，企业兼并，形成具有强大竞争力的规模经济；一方面又要挥舞反垄断法大棒，惩罚那些滥用垄断力量阻碍竞争的企业，维持一个相对公平的市场竞争环境。市场经济的核心就是竞争，没有竞争，市场就会失去活力，而反垄断法规则是市场经济的坚强后盾。当然，这种理想化的政府宏观调控政策和反垄断法规，只是一种纯粹理论上的假设。

美国的反垄断法，早在100多年前就已出台，要是细抠日子，那还是在革命导师列宁做出帝国主义必然走向垄断和腐朽的著名论断之前。19世纪末，美国社会正处在马克·吐温笔下那种经济繁荣、世风日下、政治腐败的“镀金时代”。随着全国性铁路网以及电报和电话通讯系统的建成，市场竞争已彻底打破地域限制，一些大公司掠夺成性，不择手段，在商业竞争中，无所不

---

① 转引自崔之元著：《“看不见的手”范式的悖论》，北京：经济科学出版社，1999，第16页。

用其极，迅速发展为富可敌国的超级托拉斯垄断集团。与此同时，无数中、小型企业遭到被挤垮或被兼并的命运。美国公众对托拉斯垄断集团降价倾销、操纵市场、大鱼吃小鱼等商业招术以及垄断集团用金钱左右政治的腐败现象深感不安。

在历来讲究分权和制衡的政治文化环境中，美国人对任何单一的、难以挑战的权势都具有先天的戒备和疑虑，必欲除之而后快。为了抑制垄断豪强的势力，维护市场经济和民主政治的规矩，保障消费者的合法权益，在美国社会各界的强烈呼吁和压力下，美国国会于 1890 年以一票之差通过了《谢尔曼反垄断法》(Sherman Antitrust Act of 1890)，此法案因由参议院共和党参议员约翰·谢尔曼（John Sherman）牵头而得名。

谢尔曼反垄断法的第一部份禁止企业以托拉斯的形式联合起来施行贸易限制，第二部份禁止企业的垄断行为和垄断企图。美国国会后来又先后通过了克莱顿法（Clayton Act)、罗宾逊—帕特曼法（Robinson – Patman Act）等一系列反垄断法规，禁止有可能形成垄断的兼并和收购行为，禁止使用价格歧视手段挤垮竞争对手，禁止不公平的竞争方法或欺诈性行为。

可是，究竟什么是垄断行为？什么是不公平的竞争方法？什么是欺诈性行为？为啥一家企业仅有垄断企图但尚无垄断行为也会受到起诉？对于这些复杂的经济和法律问题，联邦法院和国会也是一脑门子浆糊。一百多年来，美国最高法院的判例和国会通过的反垄断法规，从未对这些问题给过一个清晰明确、令人满意的定义和解释。对此，美国联邦储备委员会主席格林斯潘（Alan Greenspan）曾经毫不客气地直言："这个国家的整套反垄断法规，

是混乱和无知的大杂烩”。[1]

究竟是不是“混乱和无知的大杂烩”，那是立法部门的事，执法和司法部门可管不了那么多，反正该出手时就出手。第一个撞到反垄断法枪口上的著名大垄断公司，是曾在全球石油工业领域不可一世的标准石油公司（Standard Oil，俗称美孚石油公司，属于洛克菲勒财团）。1911年，联邦政府控告标准石油公司垄断石油业，石油大亨不服指控，把官司打到了最高法院，但大法官以9比0票裁定政府胜诉。[2]结果，标准石油公司被强制拆散为34个小公司，石油垄断帝国顷刻间土崩瓦解。

30年代大危机后，主张政府干预的凯恩斯主义风行一时，联邦政府在反垄断领域越来越横。1945年，美洲铝业公司（Aluminum Co. of America）因被控垄断铝业市场，被政府强制拆散。1970年，国际商业机器公司（IBM）因在大型电脑的硬件、应用软件和操作系统三大领域包打天下而被控垄断，这场官司整整打了12年。里根（Ronald Reagan）总统执政后，因科技进步和微型电脑的飞速发展导致信息业格局大变，联邦司法部被迫撤销了起诉。1984年，美国电报电话公司（AT&T）因被控垄断电信行业，被解体为7个地区性公司。

在美国政府看来，一个建立在法治基础上的、适宜企业迅速发展的市场竞争环境，要比某一家超级垄断公司的成功或被拆散后的命运重要得多。

---

① Ayn Rand with additional articles by Alan Greenspan, Nathaniel Branden and Robert Hesen, *Capitalism: the Unknown Ideal*, New York: New American Library, 1966, p. 63.

② *Standard Oil v. United States*, 221 U.S. 1 (1911), http://laws.findlaw.com/us/221/1.html.

## (二) 自然垄断何罪之有

然而，微软案的难度在于，由于反垄断法本身的含糊性、不确定性以及现代科技和市场机制的高度复杂性，联邦司法部和联邦地方法院实际上并无足够的证据证明下列问题：微软被指控的行为究竟是合法还是非法？微软视窗捆绑浏览器究竟是造福于消费者还是限制了消费者的选择范围？对微软的处罚到底是适当还是过重？拆散微软将会促进竞争还是造成行业标准混乱？

一些高科技业行家和经济学家认为，微软案与早年的标准石油案和 AT&T 案等传统型反垄断案有重大区别。如果客观地回顾个人电脑的发展史，人们会发现，微软在个人电脑操作系统领域形成的垄断，实际上是因自由竞争、市场开拓、特殊机遇和技术领先而形成的一种自然垄断（Natural Monopoly）。依照反垄断法，美国境内的一家公司若占有某种产品 70% 以上的市场份额，即被认为具有市场垄断地位，但是，一家公司因技术创新或机遇运气而在市场上取得自然垄断地位并不违法。

1977 年，苹果公司（Apple Computer）推出风靡一时的微型个人电脑（微机），开创了电脑发展的全新时代。80 年代初，一直将个人电脑视为玩具的电脑巨人 IBM 终于如梦初醒，决心尽快进军个人电脑市场。可是，因多年来忽视了对微型电脑的研究，一时来不及研制微处理器（CPU）和操作系统这两项核心技术，加上被没完没了的反垄断官司整怕了，IBM 决定暂时向技术领先的小公司购买微处理器和操作系统应急。

经调研和论证，IBM 决定采用英特尔公司（Intel）开发的 8088 型微处理器。在操作系统领域，当时领导潮流的是数字研究公司（Digital Research）的 CP/M 操作系统。为了尽快推出产品，IBM 屈尊俯就，登门商讨合作事宜。谁料想，数字研究公司

未能把握商机，一上来就开出了高价码，每台电脑按惯例收取授权费200美元，并附加其他条件。IBM见这个小破公司竟然不识抬举，便试探着与MS BASIC语言的总设计师之一、电脑神童盖茨的微软公司商谈合作。

盖茨是何等精明的人物，他立刻敏锐地意识到，IBM微型电脑有可能轻易击败苹果电脑，成为真正人手一台的个人电脑，一个巨大的新市场有可能即将出现。一般来说，在新市场开拓初期，技术水平暂时的高低有时并不重要，具有决定性意义的是抢占市场份额并在此基础上创立市场标准。实际上，微软当时并没有操作系统产品，但盖茨迅速从西雅图一家极有创新意识的小公司买来了一个名为86-DOS的操作系统，并借鉴CP/M的优点对86-DOS进行了改进。然后，盖茨向IBM开出了极有诱惑力的合作条件，即微软完全配合IBM和英特尔的硬件标准和规格，特别设计PC-DOS操作系统，每台电脑收授权费不到50美元。IBM大喜过望，双方一拍即和。

在当时，对于许多象微软这样的小公司来说，这笔巨额交易足以令人陶醉一生。但令人称奇的是，微软并未被套牢在IBM战车上，成为替IBM架桥铺路的马前小卒。IBM的老总原以为，他们可以把20多岁的小毛孩儿盖茨玩于掌上，任意摆弄，但最终结果却恰好相反，是自命不凡的IBM沦为替她人做嫁衣裳的倒霉蛋。在律师家庭长大的盖茨对复杂的商业合同法知之甚详、驾轻就熟，在他的坚持下，微软不但保留了PC-DOS软件的独占权，而且可以授权其他电脑硬件厂商使用由PC-DOS略为修改而成的微软MS-DOS。这样，在这场巨额交易中，盖茨洞察先机，神机妙算，使微软在合作中占据了免费搭车、左右逢源、灵活自主的优越地位，为微软未来的腾飞埋下了成功的种子。

1981年，IBM正式推出个人电脑（IBM PC）。凭借电脑巨人的赫赫威名和遍布全球的营销网络，IBM个人电脑一时畅销全世

界，全球电脑厂家争先恐后地为 IBM 电脑开发应用软件，这就使与应用软件紧密相关的微软 DOS 不费吹灰之力便成为行业标准。苹果的麦金塔（Macintosh）操作系统因与 DOS 标准不兼容，只能眼瞅着丢失了大好河山。数字研究公司的 CP/M 操作系统虽然起初比微软 DOS 1.0 版略胜一筹，但用户要额外花高价购买，所以绝大多数用户自然宁愿使用已预装好的 PC－DOS。这样，盖茨奉行“吃小亏占大便宜”的原则，将 DOS 1.0 版低价与 IBM 电脑搭配出售，完全是借力发功，使微软一起步就进入了世界上最快的成功之路。

IBM 个人电脑占领市场后，因供不应求、价格较贵，给生产 IBM 兼容型电脑的一帮小公司以可乘之机。康帕（Compaq）、戴尔（Dell）等厂家凭着小公司的冲劲和弹性，抢先推出使用英特尔 386 微处理器和预装微软 MS－DOS，并且与 IBM 硬件标准百分之百兼容的 386 型电脑，对 IBM 王朝的霸主地位形成严重威胁，使个人电脑市场出现了春秋战国、五霸七雄的局面。在群雄逐鹿的混战中，IBM 因机构庞大、反应缓慢，在几次关键性的战略决战中一败再败，其个人电脑逐渐被挤兑得无人问津；苹果公司因迟至 1994 年才授权其他电脑硬件厂商，可以使用麦金塔操作系统生产苹果兼容型电脑，结果不但痛失抢占市场份额和创立统一标准的良机，而且因独木难撑被挤兑到了破产边缘 。

IBM 的节节溃败，对依靠 IBM 发家的微软却没有造成任何负面影响。虽然 IBM 个人电脑的销售一蹶不振，但与 IBM 兼容型电脑搭配销售的微软 MS－DOS 的销量却有惊人增长，使微软 DOS 家族的标准地位空前稳固。令人叹为观止的是，微软竟然连广告和市场营销都用不着操心，市场占有率不费吹灰之力便自动剧增。因 DOS 的功能和版本不断升级换代，售价逐年提高，全球电脑厂商预装 DOS 的授权费象淌海水一样滚滚而来，使微软进入了一种坐地收银、日进斗金、赢家通吃、“想不发都难”的

梦幻境界。在微软 DOS 的沉重打击下，“不识抬举”的数字研究公司兵败如山倒。而当年试图在大型和微型电脑的硬件、应用软件和操作系统等领域都自创标准的美国电脑业老四王安公司，最后落得个申请破产保护的悲惨结局。

如果有谁认为微软的成功仅靠天降宏运以及合作者和竞争对手的一再失误，那你算是认错了盖茨其人。在电脑软件这块弱肉强食的野蛮之地，盖茨可谓科技天才和商业奇才的罕见统一，他所采用的竞争手段，冷酷精明，炉火纯青。盖茨统帅下的微软一向注重借鉴竞争对手长处和技术突破，更不惜重金网罗天下电脑英才，敏锐地捕捉每一项技术创新，倾全力研制开发最新产品。

微软视窗 3.0 版，是图形化操作系统的革命性进步，尽管它只是附属在 DOS 下的虚拟操作系统，但其图形化的友善操作界面，使用户耳目一新，惊喜万分。视窗 3.0 版上市后流行极快极广，反过来极大地刺激了 IBM 兼容型电脑的销售和以视窗为最新标准的应用软件开发。但苹果开始控告微软抄袭了苹果电脑的图形化界面，这场官司打了 7 年之久，最后苹果因苦斗无功被迫撤回起诉。

微软 1995 年推出的视窗 95 版和视窗 NT 版，是真正强大而完整的 32 位元图形化操作系统，它充分支持英特尔奔腾（Pentium）微处理器以及多媒体和网络厂商的硬件功能，使用户得以享受高速运算、多媒体、集成网络、资源管理器、免费互联网浏览器和更加友善的操作界面。当全球电脑用户乐颠颠地不断升级换代时，盖茨一跃而成天下首富。20 世纪 90 年代末，仅有 20 年短暂历史的微软，其股票在市场的总市值，竟然比美国三大汽车公司通用、福特、克莱斯勒的合计总值还高。可以说，现代世界上还没有哪一家企业像微软如此之快地暴富！

面对微软不可思议的成功和自身在个人电脑硬件业丢人现眼的惨败，IBM 大受刺激。蓝色巨人调集科技精英，投人巨额资

金，研制开发了OS/2个人电脑操作系统，试图与微软一争高下。事实证明，IBM不仅低估了操作系统研制周期长、技术高度复杂的困难，而且低估了微软占据市场标准地位后形成的巨大优势。经过多年浴血苦斗，最终因与视窗95竞争的最新版本未能抢先完成研制以及技术质量和市场营销等方面的原因，OS/2被视窗95杀得一败涂地，一代英豪IBM最后落得个血本无归的悲惨下场，并且创下了全美企业1年内亏损金额的最高记录，令圈内人士扼腕长叹。微软终于在空前残酷的竞争中杀出一条血路，形成了在个人电脑操作系统领域中自然垄断的局面。

## （三）捆绑搭配惹祸上门

紧接着，微软又开始将操作系统领域的霸权扩展到其他领域。在推出视窗95的同时，微软凭借其软件开发部门卓有成效的工作和深谙视窗平台应用程序界面（API）的优势，采取借鉴、移植和综合诸家之长的惯用手法，抢先推出视窗95版办公室大全（MS Office）套装软件，将文字处理（Word）、试算表（Excel）、小型数据库（Access）和幻灯片演示（Power Point）等应用软件捆绑销售，以横扫千军似卷席之势，把当年曾经流行一时，颇有创新意识的WordStar，WordPerfect，Lotus 1－2－3，QutroPro，dBase，Paradox等孤军苦战的应用软件杀得落花流水，一举占据了90%的办公室应用软件市场。一时间，在视窗平台上的微软帝国似乎是攻无不克，不可战胜。

俗话说，合久必分，盛极必衰。一向高瞻远瞩、每战必胜的微软，在互联网时代一不留神却落伍了。当盖茨的想象力还停留在“让每一个家庭，每一张书桌上都有一台个人电脑”的老黄历时，一匹意识超前的黑马杀了出来。网景公司（Netscape）首先推出的航行家（Navigator）网络浏览器，对微软帝国发动了突然

袭击。网络浏览器所引发的互联网革命，使个人电脑和微软视窗有可能沦为一种无关紧要的周边设备。有行家预言，因个人电脑崛起而差点儿破产关门的IBM，将会因网络时代对大型电脑服务器（Server）需求的增多而起死回生；而靠DOS和视窗发家暴富的微软帝国，有朝一日将会搂着过时的视窗，痛苦地倒毙于信息高速公路之旁。

1995年12月7日，盖茨特意挑选珍珠港事件记念日，正式宣布发起“帝国反击战”。出乎人们意料的是，微软这艘巨型航空母舰竟然象轻捷的鱼雷快艇一样调头迅速，整个公司的经营重点迅速转向互联网业务，灵巧地避开了凶险的冰川，避免了冰海沉船的悲剧，与电脑巨人IBM当年“船大难调头”的被动局面形成鲜明对比。

微软在战略转折中最凶狠的一招，是重祭当年依靠DOS搭配IBM个人电脑抢占市场制高点和创立标准的法宝，把微软网络探险家（Internet Explorer）与视窗捆绑搭配，免费送给所有电脑用户，迅速占领了75%的浏览器市场，使网景生意一落千丈，最后因濒临破产被美国在线（AOL）于1999年收购。在这一轮浏览器大战中，盖茨虽然精明手辣，挽狂澜于即倒，但却使微软招惹上了有灭顶之灾的反垄断官司。

自推出视窗95后，微软在个人电脑操作系统领域已成为孤独求败的寂寞高手。为了避免出现垄断100%市场的尴尬局面，微软曾在1997年出资1亿5千万美元购买苹果公司股票，为竞争对手输血打气，确保麦金塔操作系统半死不活、有气无力地陪着视窗这个公子在市场上读书。其实，微软的这个损招儿纯属多余。依照反垄断法，一家公司具有市场垄断地位并不违法，如英特尔（Intel）、思科（Cisco）和波音飞机公司在各自的领域中都处于高度垄断地位，只有当一家公司利用垄断力量阻扼和打压竞争对手进人市场时才是违法。微软的致命把柄，实际上是利用视

窗航空母舰的垄断地位为浏览器软件保驾护航，阻碍了技术创新者潜能的发挥。

## （四）傻帽儿才为浏览器付钱

在联邦地方法院庭辩过程中，微软的律师一再争辩说，反垄断法的宗旨是保护消费者的利益，而不是保护在市场竞争中败下阵来的企业。恰恰在这个问题上，控方根本就拿不出任何令人信服的证据，来证明微软损害了消费者利益。[1] 实际上，由于微软视窗免费附带浏览器功能，迫使网景后来也停止对浏览器收费，大大降低了公众进入互联网的成本，在全球范围内促进了互联网的空前普及，并且使浏览器成为微软视窗不可缺少的标准附设。

微软认为，在视窗上捆绑浏览器，是一种功能的集成化，是扩大而不是限制消费者的选择范围。此外，网景虽然在浏览器大战中被微软击败，但并没有溃不成军。如今网景的原班兵马已集结在美国在线旗下，如果真的是身怀绝技，没人能挡得住网景继续与微软竞争。

值得注意的是，功能的集成化和一体化已成为互联网产业的新潮流和新趋势。企业捆绑产品的目的，是为了大幅度地降低交易费用。据报导，微软目前投入巨资研制的下一代视窗系统(NGWS)，将以语音识别技术代替键盘操作，以 XML 网络通用语言为核心，改写全部现有应用软件，将移动电话、掌上型电脑、应用软件、数据库搜寻、网络付账、电子邮件、电子商务、网络电视、网络游戏和电子书籍等整合为一体。这样，互联网已不再是一项技术，而是一种全新的整合和应用，是一种跨平台功能集

---

① 微软案庭辩舌剑唇枪的过程，参见 Joel Brinkley and Steve Lohr. *U.S. v. Microsoft*, New York: Mcgraw-Hill, 2001, pp.135-209.

成和综合。如果说微软以前在视窗巨舰上捆绑搭配了F—16型战斗机，那么这回捆绑搭配将是载有核武器的B—2型隐身战略轰炸机。

微软的律师认为，企业拥有自行设计产品以及为其产品搭配新功能的权利，这本是天经地义的事。难道麦当劳卖汉堡包时不能搭配炸薯条吗？难道福特公司卖汽车时不能搭配空调或音响吗？如果让对高科技一窍不通的政府和联邦法院来决定视窗是否应该搭配创新功能，深受其害的只能是广大消费者。

微软的律师强调，微软并没有利用视窗的优势地位牟取垄断利润和伤害消费者。而消费者的满意程度，正是微软为自己辩护的有力盾牌。在市场经济体制下，消费者是自身利益的最佳判断者，视窗垄断地位的形成，从某种意义上说正是消费者自由选择的结果。实际上，微软将各种功能集成为一体的做法，确实给消费者带来很大的方便和实惠。根据《华尔街日报》1999年12月的一次民意测验，美国公众心目中最成功、最令消费者满意的十大高科技企业中，微软名列榜首，排名第二至第十的是英特尔、思科等硬件公司。

对于司法部因视窗搭配浏览器而起诉微软一事，多数美国消费者认为，政府大概是有点儿毛病，若论质量、功能、技术支持和售后服务，微软探险家与网景航行家相比一点都不差。只有脑袋缺根筋儿的傻帽儿才乐意为浏览器花冤枉钱，养活那个跟普通消费者八竿子都打不着的网景公司去跟微软掐架。

根据美国学者、得克萨斯州大学经济系教授莱伯维兹（Stan J. Liebowiz）的追踪研究，微软公司并不是那种占据垄断地位之后，便趁机抬高价格，销售劣质产品，任意伤害消费者的传统型垄断恶霸。恰恰相反，在微软占据垄断地位的文字处理和试算表等应用软件领域，反而出现了功能不断改善和售价大幅度降低的奇特现象。对于这种现象，莱伯维兹教授的解释是，潜在的竞争

对手的威胁，使微软始终如临大敌，不敢得意忘形。[①]

实际上，一个常常被人们忽视的背景是，鼓捣电脑，开发软件，改进程序，超越自我，是盖茨等微软公司创业人的乐趣和爱好。追求卓越、努力进取的企业家精神，始终是推动微软不断改善软件功能的内在动力之一。当软件完成研制和改进，成功地占据市场垄断地位后，由于再生产的边际成本近乎于零，销售价格自然会大幅度下降。

## （五）创新远重于价格

但是，联邦司法部认为，对微软的起诉虽然是在100年前的《谢尔曼反垄断法》名目下进行，但问题焦点并不在“垄断者抬高价格伤害消费者”上。前司法部首席反垄断经济学家鲁宾菲尔特（Daniel Rubinfeld）接受《纽约时报》记者采访时强调：“我们在控告微软时就意识到，对这类案子，经济上的规则已经变了。创新，远重于价格，才是微软案的意义”。[②]

实际上，如果仅仅从短期看，微软赠送浏览器的确让消费者省了钱。但若从长远看，微软把有开拓性和技术创新的小公司踢出市场，实质上是限制了消费者的选择范围，阻碍了有可能使消费者真正受益的技术创新。

谁都知道，微软虽然创造了空前的软件奇迹，但微软本身却恰恰是个缺乏重大技术创新的公司。微软基本上只是个“技术追

---

① Stan J. Liebowitz and Stephen E. Margolis, *Winners, Losers & Microsoft: Competition and Antitrust in High Technology*, Oakland, CA: The Independent Institute, 1999, pp.196–197.

② Steve Lohr, “The New Math of Monopoly”, *The New York Times*, April 9, 2000.

随者"，而非"技术创新者"，它的多数著名软件产品，如DOS、视窗、办公室大全、网络浏览器等，无一例外都是靠收购或仿制起家的。微软的独家武功是：免费搭车，借力发功，凭借操作系统优势，集模仿和开发于一身，青出于蓝而胜于蓝，效率奇高，后来居上，干啥象啥，见谁灭谁，成为高科技领域中人见人恨的掐架大王。

有人认为，微软实在是太成功了，以致沦为"成功的受害者"（The Victim of Success）。在高科技领域，企业之间掐架本是家常便饭，微软用的那些损招儿，其实大伙儿全用过，如果没发什么大财，损招儿用得再多也是白搭，根本不会有人到衙门喊冤告状。绝大多数技术创新，其实也未必真能成什么大气候。微软的毛病在于，虽然既有知识又有钱，但缺少点儿文化和品位，说话口无遮拦，办事咄咄逼人，竞争争得太凶，掐架掐得过猛，动辄把同行照死里掐。结果把事儿闹大了，政府不得不出面干预。

微软案最初只是围绕视窗捆绑浏览器是否违法一事开庭，司法部本意是给微软一个"外科手术式的打击"（Surgical Strike）和一些商业限制，想都没想过要拆散微软。出人意料的是，因微软多年来目中无人，树敌过多，苦大仇深的冤家对手借机报仇伸冤，轮番出庭向法官痛说"苦难家史"；幸灾乐祸的电脑业同行落井下石，在公堂上抖落出一大堆对微软极为不利的"变天旧账"；再加上微软傲慢强硬、寸步不让，对任何一项指控均据理力争，甚至反咬联邦政府和法院干预科技创新，结果使案情出现了戏剧性的转变。根据法官公布的事实判定报告（Finding of Fact）[1]，微软的下列行为触犯了反垄断法规：

第一，微软凭借视窗垄断地位，将探险家浏览器与视窗捆绑搭配，把网景踢出了市场；

---

① http://www.dcd.uscourts.gov/microsoft-all.html.

第二，苹果选择网景航行家作为预设浏览器后，微软便威胁要取消麦金塔版本办公室大全的授权，结果苹果被迫采用微软探险家作为预设浏览器。

第三，康柏曾与美国在线达成协议，将视窗上的微软网站图标换成 AOL，微软便威胁要撤销康柏预装视窗的授权。康柏被迫恢复了微软图标，微软则降低视窗价格回报康柏。

第四，英特尔在 1995 年发展出一种新的技术规格，但有可能影响视窗的标准。微软便威胁英特尔，要削弱对该公司微处理器的支持。英特尔被迫停止了对这项新技术的研制。

第五，升阳公司（Sun Microsystems）开发的 Java 语言因不受操作系统限制，威胁到微软视窗的垄断地位，微软便开发出只能在视窗下运行的 Java 版本，干扰兼容性技术创新。

这样，过堂听证逐渐变成对微软的愤怒控诉和声讨，不将微软千刀万剐已不足以平民愤。美国信息产业分析专家罗得·安德利（Rod Enderle）对《华盛顿邮报》记者说，微软案的戏剧性变化就好像是盖茨超速驾车，拿到罚单后心中不服，跑到法庭上去扯歪理，原想免除点儿罚款，结果一不留神竟然收到了一张死刑判决书。[①]

## （六）一拆为二是笨招儿

2000 年 4 月，联邦司法部正式决定，要求法官将微软一拆为二，即一个经营操作系统业务的公司和一个经营应用软件及互联网业务的公司。6 月，主审法官杰克逊（Thomas P. Jackson）正式裁决，将微软一拆为二，并且规定分拆后的两家公司在 10 年

① David Streitfeld: "Courting Defeat: Did the Giant Slay Itself?" *The Washington Post*, *June* 8, 2000.

内不得合并，据说只有这样才能打破微软在操作系统领域的垄断。司法部认为，对微软的惩罚虽然短期内会引起市场震荡，但从长远角度看，广大消费者将会因开放市场竞争而获益。

人们可以高度赞赏法官坚持司法独立，维护公平正义的立场。任何一家企业，甭管它再成功，也绝不能超越于法律之上。可是，将微软一拆为二的过重惩罚，从常识上看是却令人费解的。

如果只是简单地将微软一拆为二，实际上并没有解决微软视窗垄断市场的关键性问题。联邦法官和司法部律师至少应当懂得这样一个简单道理，将微软一拆为二后，那个经营操作系统业务的公司，仍然会继续处于市场垄断地位。而将这个操作系统公司进一步拆散削弱，在个人电脑操作系统领域开放市场，引入竞争，则完全是天方夜谭。

与石油大王洛克菲勒这种传统型的资本家不同，盖茨是靠知识起家的“知本家”。微软在操作系统领域的垄断，实际上是一种知识垄断和标准垄断。在知识经济时代，有知识肯定有机会赚大钱，有大钱却不一定能玩得转知识，玩得转知识不见得能创立标准。操作系统具有耗资巨大、研制周期长、设计难度高和技术标准对硬件和应用软件影响极大等特点。为了推出视窗95，微软早在1988年就已调集数千名电脑软件精英攻关。如今的视窗2000，已是源程序长达四千万行，指令上百万条，空前复杂而艰深的知识集成。这种知识和标准的垄断，不是一时半会儿就能轻易打破的。而强迫微软公开视窗2000的全部源程序，那实际上无异于在高科技领域“打土豪、分田地”。

有人举出美国政府当年按地区划分原则拆散AT&T公司，开放长途电话业市场竞争的先例支持拆散微软。然而，长途电话业和操作系统完全是两码事。长途电话业因高速度、大容量的光纤通讯网有足够的空余容量，使小公司得以批发大块长途电话时

间，然后以低价零售，使消费者因市场竞争而获益。

但是，操作系统领域的电脑专家几乎一致认为，如今即使政府强迫微软“开放市场”，奉送巨额研制资金，也不可能有哪家公司能在短期内研制开发出价格使消费者可以接受，稳定性和可靠性可与微软视窗媲美，在软件开发业能象视窗一样成为公认的产业标准，在商业上可与微软下一代视窗系统竞争，产品质量受全球消费者信赖，并且与现有硬件和软件系统100%兼容的个人电脑操作系统。

新闻媒体和华尔街一度把源代码开放的Linux操作系统抄得很热，似乎Linux有朝一日能够取代微软视窗，其实这只是外行人士的一厢情愿。Linux是UNIX操作系统的版本之一，是一种主要用于中、小型电脑服务器（Server）和工作站（Workstation）的操作系统。换句话说，Linux将会对升阳（SUN）Solaris、惠普（Hewlett－Packard）HP－UX和IBM的AIX等占据主流地位的UNIX操作系统以及微软视窗NT的服务器版本造成一定威胁，对微软专为个人电脑研制的视窗98和视窗2000版本，Linux则很难造成任何值得一提的影响。从易操作性、稳定性、售后技术支持和应用软件支持率等方面看，Linux与微软视窗在个人电脑市场上根本就不是同一个档次的对手。谁都知道，如果没有成千上万的应用软件支持，一个操作系统再好也是白搭。而应用软件支持率极低的毛病，则恰恰是Linux难以克服的致命弱点。

更为现实的是，在互联网革命时代，无线上网、宽频网络、无硬盘网络电脑等新技术风起云涌，连微软都已做出向互联网全面转进的战略调整，还有哪家公司会傻乎乎地往个人电脑操作系统这种夕阳技术领域里砸钱？即使费劲巴拉地整出了点新玩艺儿，有谁会冒文件不兼容和系统崩溃的危险去更换操作系统？难道只有在操作系统领域人为地制造一种群雄并起、山头林立、标准混乱的竞争局面，让应用软件开发商和普通用户无所适从，才

符合消费者的真正利益吗？答案显然是否定的。回首20多年来微型电脑功能以令人难以置信的速度增长以及售价的急剧跌落，微软和英特尔在标准化方面的贡献是不可磨灭的。

## （七）消费者可能沦为冤大头

实际上，假设拆散微软之后，市场上出现另一家能与微软竞争抗衡的公司，消费者也未必就能从竞争中获益。根据莱伯维兹教授的估算，如果电脑软件开发商都按两种操作系统标准，重复开发功能相同的软件，美国消费者在今后三年的额外花费将高达500亿美元。[①] 此外，由于面对新的竞争对手，那个从微软分割出来的专门经营操作系统的公司，完全有可能放弃原来的价格限制，大幅度地提高视窗的售价。

针对这一问题，麻省理工学院经济学教授、对日本和东亚经济奇迹以及美国泡沫经济最早的一位批评者克鲁格曼（Paul Krugman）在《纽约时报》撰文指出，微软案的关键，并不在于有罪或无罪，而是可行性（Practicality）问题。他认为，即使盖茨违法，也不能轻易采取伤害普通大众利益的惩罚措施。[②]

联邦司法部支持拆散微软的另一个论点是，一拆为二后，那个经营应用软件业务的新公司将会推出Linux版本和UNIX版本的办公室大全（MS Office），此举将会使这两种操作系统迅速获得强大的实力与视窗竞争。

---

① Stan J. Liebowitz, "An Expensive Pig in a Poke: Estimating the Cost of the District Court's Proposed Breakup of Microsoft." http://www.pub.utdallas.edu/-liebowit/msstuff/act2/pig.htm.

② Paul Krugman, "Microsoft: What Next"? *The New York Times*, April 26, 2000.

可是，从常识上看，司法部的这种论断同样令人费解。首先，由于担心苹果公司退场不玩了，微软多年前就已开发出麦金塔（Macintosh）版本的办公室大全。事实证明，此举并没使麦金塔操作系统额外增强了与视窗竞争的实力。其次，Linux 和 UNIX 都是主要用于服务器和工作站的操作系统。在绝大多数高科技公司，昂贵的服务器一般都被放置在恒温隔音的专用工作间中，只有少数高级科技人员凭借密码才能进入。显然，不大可能有哪位软件工程师会在服务器上鼓捣 Excel 或 Power Point 等办公室大全软件。对此问题，法官和控方律师是真的不懂电脑常识还是故意装糊涂？最后，多数高科技专业人士认为，简单地将微软一拆为二后，MS Office 作为微软最赚钱的部门，因不再会被微软其他部门挪用赢利，其实力和垄断地位将更加稳固。最终结果，很可能是一个微软霸王摇身一变成为微软和“微硬”两个霸王。而普通消费者又能从中得到什么好处呢？

如果将微软一拆为二，不仅探险家浏览器将无法与视窗搭配，视窗中原来一直免费附带的多媒体、日历、计算器、游戏、图画本等应用软件都将被踢出，这意味着消费者必须花钱分别购买这些软件，因而要付出更高的价格。此外，微软投入巨资研制的语音识别应用软件一旦成功，也将无法应用于视窗系统，使新一代声控界面操作系统革命的成果将化为泡影，以跨平台功能集成化为特征的下一代微软视窗（NGWS）可能将永远无法问世。

还有，将微软拆散后，如果因股票大跌使股票期权形同虚设，微软将无法保留素质一流的软件技术精英，那么依赖微软技术支持的用户将会大吃苦头。最后，在微软案第一回合的较量中，微软和美国司法部都花了大约一千万美元的诉讼费。司法部那边是纳税人的银子，敞开了花也不会心疼。微软这边自然会把巨额诉讼费打入成本，把损耗转嫁到消费者身上。在这场世纪大案中，消费者有可能沦为真正的冤大头。

诺贝尔经济学奖得主、美国经济学家弗里德曼（Milton Friedman）公开表示，微软诉讼案简直就是劳民伤财。他批评道："在电脑产业中，科技的进步比法庭和司法诉讼的步伐要快得多。到这场官司了结时，谁会知道电脑产业的局面是什么样呢？肯定已是面目全非。邀请政府出面调停，等于是为未来的政府管制敞开了大门"。[①] 按照弗里德曼的经济理论，因发明专利、商业秘密、自由竞争所造成的垄断根本就不能算是垄断，只有因政府管制而形成的垄断才是最大的祸害。

## （八）市场竞争与政府角色

在以高科技和信息产业为主体的美国"新经济"中，企业对市场垄断地位的狂热追求，已成为一种值得注意的新现象。高科技产品虽然在研制阶段具有高投资、高风险等特点，但由于数字化和网络化的优势，定型产品的制造和运输只不过是简单复制和网络数据传输。因此，产品一旦能够成功地占领市场，由于再生产的边际成本近乎于零，即使大幅度降低价格仍然可以获得巨额利润。这样，市场竞争的重点已不再是价格竞争，而是创新发明和超越陈旧技术的竞争。

此外，当代高科技领域超乎寻常的飞速发展和空前激烈的市场竞争，已使某一家企业长期占据自然垄断地位，轻易地获取垄断利润的局面被彻底打破。微软和英特尔等垄断企业的日子其实并不好过，他们的垄断地位很可能是暂时和脆弱的。如果在创新发明和技术超越方面稍有闪失，微软和英特尔都有可能象当年的

---

① Luncheon Address of Dr. Milton Friedman at the Cato Institute Annual Conference on Technology & Society, November 21, 1998. http://www.cato.org/events/friedman.html.

蓝色巨人 IBM 一样虎落平川。当今之世，高科技企业凭借技术创新，千方百计地追逐市场垄断地位，而层出不穷的科技创新又不断地打破原有垄断，不知不觉中推动了产品价格的下跌和消费需求的增长，形成一轮又一轮的市场竞争和产品创新，已成为“新经济”的一大特征。《谢尔曼反垄断法》这种百年老例，已需要依据 21 世纪市场竞争的新情况和新问题加以修订。

对微软案的审理，显然将对美国未来的高科技产业政策产生重大影响。如果无视市场竞争的新情况和新问题，一味过重地惩罚微软，开了政府以空前规模管制高科技产业的先例，将会使高科技产业中的冤家对手们走上官商勾结、依赖政府插手这种不正当竞争的路子。微软仗恃垄断力量将有开拓性的小公司踢出市场固然不是好事，但政府动用行政和司法手段管制自己一无所知的高科技产业，其结果可能更糟。政府在市场竞争中的理想角色是看门打更的守夜人，而不是出场掐架、扶弱锄强的英雄好汉。

实际上，高科技产业瞬息万变，互联网络发展一日千里，市场本身自有调节功能。1993 年 5 月 11 日，盖茨曾对美国在线总裁凯斯（Steve Case）扬言：“我可以买下你公司的 20%，也可以买下你的整个公司，或者我自己可以进入在线服务产业，然后埋葬你”。[1] 迄今，微软连美国在线的 1% 都未能买下，反到是美国在线在竞争中不断壮大，先是以 42 亿美元收购了网景，接着又以 1060 亿美元天价兼并了全球第一大媒体公司时代华纳集团，成为互联网领域的巨无霸。相形之下，微软虽然击败了网景，夺取了浏览器市场的控制权，但微软在互联网领域的控制力不升反

① 盖茨原话是：“I can buy 20 percent of you or I can buy all of you. Or I can go into this business myself and bury you.” 引自 Kara Swisher, *aol.com: How Steve Case beat Bill Gates, nailed the netheads, and made millions in the war for the Web*, New York: Random House, 1998, p.xv.

降。

事到如今，盖茨终于意识到，互联网产业远比预想的要开放和复杂，网络浏览器只是一个软件而已。微软当年忽视在线服务产业，拼死与网景掐架，试图以浏览器软件控制互联网，实际上在某种意义上是犯了战略性错误。如今不是网景，而是微软目标之外的美国在线、雅虎（Yahoo）、亚马逊（Amazon）和电子湾（eBay）等成了互联网领域的主角。网景的被兼并，美国在线的崛起，微软神话光环的失色，正是市场竞争和调整的结果。

## （九）微软逃脱拆分之劫

2001年春季，美国经济和华尔街股市持续增长的繁荣盛世凋谢不振，停滞衰退局面呈现。高技术产业从经济成长的“火车头”变成了“拖油瓶”。在一片萧瑟之中，微软案的动向一时显得格外引人注目。

在美国的高科技企业中，微软处于牵一发而动全身的特殊地位。微软与很多电脑企业之间有着一损俱损、一荣俱荣的复杂关系。康帕（Compaq）和戴尔（Dell）所在的得克萨斯州，多年来就一直拒绝加入起诉微软的行列。此外，微软占纳斯达克股票市场的比重已高达11%左右，近年来，微软股票与纳斯达克指数下跌幅度的曲线，惊人地相似。如果政府不顾整体经济状况，继续对微软痛下杀手，将有可能对高科技产业雪上加霜。很多人担心，在经济动荡之时，如果联邦政府和法院不计后果，愣要强制拆散微软，将有可能对美国经济、高科技产业和全球消费者造成无法预料的冲击。如果听任政府里那些缺乏高科技背景的法官和律师瞎折腾，一旦在高科技企业中引发负面的连锁反应，使经济减速演变为一场旷日持久的经济萧条和全球性经济衰退，真到那会儿，恐怕哭爹喊娘也来不及了。

2001年6月，联邦上诉法院以7比0的投票结果，以证据不足为理由，驳回了联邦地方法院的初审判决。上诉法院裁定，微软将浏览器与视窗捆绑销售的做法并不违法，而是一种合法的创新和整合。上诉法院法官认为，微软处于垄断地位是事实，但由于个人电脑操作系统需要标准化，所以垄断实际上是一种很难避免的现象，如果垄断者不是微软，也可能会是另一家厂商。但是，上诉法院判决，微软滥用垄断地位，与一些电脑销售商签订排斥竞争的合同，以及微软打压苹果和Java软件开发商的商业策略是违法的。此外，由于地方法院法官杰克逊曾发表过盖茨是"拿破仑第二"之类有偏见的言论，上诉法院在判决书中裁定，地方法院应指定另一位法官，重新审理微软案。[①]

同年9月，联邦司法部发表声明，决定不再要求以拆分方式处罚微软，并撤销对微软将浏览器与视窗捆绑销售的指控。根据与司法部达成的初步和解协议，微软同意政府对其今后的经营行为实施一些限制措施，停止违法的商业运作，但这些限制已没有初审裁决时那么严峻。这样，微软终于逃脱拆分之劫。

微软被控垄断一案，涉及到一系列高度专业化的现代科技、市场经济、知识产权、反垄断法等法律法规，需要动员大批科技、经济和法律专家，研究分析微软对市场垄断的程度，以及这种垄断是否妨碍科技进步和经济效率。因此，这场诉讼官司必然旷日持久，耗资巨大，而且很难有一个明确清晰的结论。此外，反垄断法中很多地方模糊不清，模棱两可，变数极大。这样，受整体经济状况、科技创新速度、股票市场风雨、政治格局变迁等诸多因素的制约和影响，反垄断官司往往出现一朝天子一朝臣的现象。在当前经济衰退和信息业萧条的形势下，联邦政府和法院

① *United States v. Microsoft Corp*, No. 005212A – 06/28/2001, http://laws.findlaw.com/dc/005212a.html.

对微软网开一面，早已在人们意料之中。

应当指出的是，美国的反垄断诉讼，其实并非笼统地反对一切垄断和超级企业。全球经济竞争，谁都担心本国企业规模过小；数字化网络革命，人人向往赢家通吃。在这方面，美国人并不缺心眼儿，当代美国经济正是以超级跨国垄断公司为特色的。20世纪90年代，是美国经济史上公司兼并的一个高锋时期，一些规模空前的超大型垄断公司接连问世。尽管垄断公司之间存在激烈竞争，但拥有上千亿资产的垄断公司内部的经营管理和科研开发却是计划经营，把原来需经市场交易才能完成的资源配置优化实现，极大地降低了交易成本，提高了整体竞争力和创新能力，以更优质的产品和更低廉的价格赢得全球消费者，从而轻易击败小公司竞争对手。当代美国著名法官兼法学家、法律经济学派创始人波斯纳（Richard A. Posner）甚至认为："垄断是鼓励创新的一种途径，其主要理由是，成功的创新和成本最小化对垄断者的回报通常是较大的"①。

那么，为什么联邦政府对波音（Boeing）与麦道（McDonnell Douglas）、奔驰（Mercedes Benz）与克莱斯勒（Chrysler）、AOL与时代华纳（Time Warner）等大公司之间的合并和垄断地位大开绿灯，但却唯独跟微软公司过不去呢？

这里的奥妙在于，尽管微软视窗处于市场垄断地位并不违法，但微软的特别之处在于，它利用竞争形成的垄断和市场标准地位设置了一种无形的垄断壁垒。尽管操作系统产品利润可观，但其他电脑软件厂商却因标准壁垒而无法自由进入市场，根本没法与微软竞争。设置垄断壁垒的损招儿虽然很多，但象微软这样通过竞争赢得标准地位来设置垄断壁垒的招术却是最高明的，也

---

① Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, New York: Aspen Law & Business, 1998, p. 305.

是最让人恨得咬牙切齿但却又无可奈何的，因为个人电脑市场确实需要标准。在个人电脑时代，微软控制了操作系统标准，等于同时控制了电脑硬件和应用软件的命脉，使英特尔、康帕这样著名的高科技企业也不得不甘拜下风，老老实实地与微软签订排斥竞争的合同，一点儿脾气也不敢有。

更令人担忧的是，在以开放和兼容为特征的互联网时代，野心勃勃的微软干扰以兼容性为特点的 Java 语言，凭借雄厚的财力和视窗的垄断地位为其浏览器软件保驾护航，企图建立全新的市场标准和垄断壁垒。如果联邦政府不闻不问，听任微软再次抢占互联网络和数据通讯产业的市场制高点，形成垄断性网络浏览器标准，将网络门户、电子商务、信息高速公路甚至整个国民经济和社会生活置于微软浏览器的控制之下，将有可能对市场竞争和科技创新造成摧毁性破坏，其社会后果更是不堪设想。在此意义上说，联邦法院起诉微软，正是为了防止出现垄断性网络标准，维护美国的整体国家利益。

然而，在三年的司法诉讼过程中，由于高科技领域白热化的市场竞争，网络和数据通讯技术的飞速发展，加上互联网的高度开放性以及诉讼官司的制约，微软企图建立垄断性网络标准的野心和梦想已化为泡影。与此同时，由于互联网的崛起，个人电脑和微软视窗已经丧失了在信息产业中的中心地位，微软的垄断性力量已遭到了前所未有的结构性削弱。再加上经济停滞和衰退，人们甚至颇为怀念当年微软 DOS 和视窗不断升级换代，引发电脑硬件更新狂潮和信息产业极度繁荣的好年景，盼望微软再次推出带动电脑硬件升级的“杀手”软件，刺激新一轮的市场需求。在此形势下，过重地惩罚微软，显然已不符合美国的整体国家利益。

在市场经济中，垄断，还是反垄断，是一个极为复杂的问题，不可能有一个统一明确的结论和千古不变的标准。轰动全球

的微软一案究竟是劳民伤财，多此一举；还是杀一儆百，功在千秋？尚待百家争鸣，深入探讨。

（陈伟）

# 网络资源和参考书目

## 一、美国最高法院判决在线数据库

研究美国宪政和法治史，像在国内研究其他外国历史问题一样，最困难的莫过于资料、特别是第一手资料（案子的诉讼文件和法院的判决）的匮乏。虽然国内学者研究美国宪政，不大可能像美国学者那样，从第一手文献开始，但至少要对见到的和转引的重要文献进行核对，免得有误，以讹传讹。网络技术的发展和美国一些网上法律数据库的建立，为国内的研究者带来了福音，使我们可以足不出户，轻触鼠标，便可浏览美国法律的大千世界，感受法院辩论的紧张气氛。本书中所涉及的所有案例判决都可以在下面介绍的网站中找到。

1. 美国联邦最高法院主页（U.S. Supreme Court Website, http://www.supremecourtus.gov）

网站2000年4月17日开通。通常在最高法院作出判决的第二天，判决书便在网上公布。除了判决书外，它还包括最高法院运作的基本信息，诸如规则、议事日程、参观指南、一些照片和历史资料。

2. 康乃尔大学法律信息研究所（Cornell Legal Information Institute, http://supct.law.cornell.edu/supct/index.html）

与其他一些有关最高法院判决的网站相比，该网站使用方便，很受读者欢迎。它在最高法院判决的当天就登出判决书，比

最高法院自己的网站还早。对研究者来说，更重要的是，它收录了从最高法院成立至今的600个左右历史性判决，检索也相当方便，可以从主题、诉讼双方的姓名和判决书的起草者三个途径检索。此外，它收录了现任和前任大法官的简历和基本法律术语解释。

3. 肃寂，肃寂：美国最高法院数据库（Oyez Oyez：A U.S. Supreme Court Database，http：//oyez.nwu.edu）

该网站的最大特点是提供了最高法院近1000个案子的庭辩录音资料。所有资料源自美国国家档案馆收藏的录音带，经过数字化处理，用在线播放软件（RealAudio）收听。除了录音外，还有每个案子的基本事实、涉及到的宪法问题和法院的结论。

4. 法律大全（FindLaw，http：//www.findlaw.com/casecode/supreme.html）

该网站由美国同名的法律文献出版社创办和经营，所收集的资料相当全，将1893年至今最高法院的所有判决书全文全部上网，在此之前的一些重要判决也全文收录，而且可以按学者们最常用的官方《美国联邦最高法院判例报告》（United States Reports，收录最高法院的判决书）的年代和卷次检索。美国学者引用最高法院判决时通行的标注方法是卷次 + U.S. + 页码 +（年代），比如马伯里案就标注为5 U.S.137（1803），代表1803年《美国联邦最高法院判例报告》第5卷，第137页。而它在该网站的位置便是http：//laws.findlaw.com/US/5/137.html。当然，也可以通过案件名称、主题词等方法检索。另外，它不仅有美国宪法的全文，而且还有美国国会研究服务处（the Congressional Research Service）所作对宪法文本的解释和注解。

# 二、参考书目

## (一) 英文著述

1. Abraham, Henry J. *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*. New York: Oxford University Press, 1998.

研究美国司法制度的经典性入门书，并捎带评介和比较英、法等国的司法制度。这部著作集宪政研究之大成，博引广证，言必有据，分析全面，兼具学术性和思想性，1962 年出版后已修订再版 7 次，被认为是美国宪政研究入门书中难以超越的经典著作，同时也是学术规范的良好典范。书后附有作者精心选择、多达 6000 余条的重要参考书目、经典案例和文献索引，很有参考价值。但可读性较差，几乎一半的篇幅是注释和参考书目。

2. Abraham, Henry J. & Perry, Barbara A. *Freedom and the Court: Civil Rights and Liberties in the United States*. New York: Oxford University Press, 1998.

该书是亚伯拉罕教授所著同名书的第 7 版，详细探讨了最高法院在保护公民权利方面的态度变化，并对诸多案例做了详尽的分析，是研究最高法院的权威必读书之一。

3. Barker, Lucius J., & Barker, Twiley W., Jr. *Civil Liberties and the Constitution: Cases and Commentaries*. New Jersey: Prentice – Hall, 1986.

该书分类目系统地论述了公民权利观念在美国发展变化的历程以及最高法院在其中所发挥的举足轻重的作用，每一类目中都附有经典案例的判决词，极具学术参考价值。

4. Beckwith, Francis J. and Jones, Todd E., eds. *Social Justice or Reverse Discrimination*. New York: Prometheus Books, 1997.

文章和论文汇编，收录了美国学术界和其他领域的权威人士讨论“肯定性行动”引发的宪政争议、逆向歧视和道德冲突等问题的10余篇论文。

5. Alexander M. Bickel. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs - Merrill, 1962; second edition with a new foreword by Harry H. Wellington, New Haven: Yale University Press, 1986.

研究美国最高法院、特别是司法审查制度的经典之作，带有很强的论辩性。

6. Biskupic, Joan & Witt, Elder. *Congressional Quarterly's Guide to the United States Supreme Court*. 3d ed., 2 vols., Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1997.

与一般工具书按字母排列不同，这个两巨册指南分成法院历史、法院与联邦制度、法院与个人、法院面临的压力、法院的工作和法院的成员等六个专题，配有170幅照片漫画和地图，并附有有关最高法院的14个重要文件和重要判决书，以及法官任免、重要判决年表等6个统计数据图表。两位作者是都是长期负责最高法院报道的记者，所收集的资料非常全，所撰写的内容虽不够深人，但却可作为最高法院全史来读。

7. Brinkley, Joel and Lohr, Steve. *U.S. v. Microsoft*. New York: Mcgraw - Hill, 2001.

《纽约时报》两位著名记者报道和评论微软案来龙去脉和司法诉讼过程的著作，对了解微软案的审理过程和控辩双方的立场很有帮助。

8. Bugliosi, Vincent. *Outrage: The Five Reasons Why O. J. Simpson Got Away with Murder*. New York: Norton & Company, 1996.
此书根据第一手档案，从呈庭证据、检察官、辩方律师、法官和陪审团等五个角度人手，全面而深刻地分析了辛普森无罪获释的

主要原因。作者是一位闻名遐迩的地区检察官。

9. Cannon, Lou. *Official Negligence: How Rodney King and the Riots Changed Los Angeles and the LAPD* . New York: Random House, 1997.

研究 1992 年罗德尼·金被殴案前因后果的力作。作者当年为《华盛顿邮报》驻洛杉矶记者站主任。为了挖掘案情真相，作者穷五年之功，查阅了大量原始档案，采访了数十位涉案当事人，收录资料非常丰富。但书中对于新闻自由与公正审判之间的关系未予深人分析。

10. Colodny, Len and Gettlin, Robert. *Silent Coup: The Removal of a President*. New York: St. Martin's Press, 1991.

继续深人调查和挖掘水门事件内幕和真相的著作。两位作者不是象牙塔中的学者，而是那种路子特野的调查记者(Investigative Reporter)。作者查阅了大量官方秘密档案，采访了数百位重要当事人，揭露出了很多鲜为人知的内幕，出版后轰动一时。但史学界权威人士对此书持负面评价。这部著作与其说是学术研究，不如说是内幕调查和政治侦探。然而，这正是水门事件的特点。

11. Cooper, Phillip J. *Battles on the Bench: Conflict inside the Supreme Court*. Lawrence, KA: the University press of Kansas, 1995.

讨论大法官们的分歧，特别是他们如何克服和调和分歧，以便能够一起工作和合作。

12. Cushman, Clare, ed. *The Supreme Court Justices: Illustrated Biographies, 1789 - 1995.* Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1995.

此书系一部权威性工具书，介绍了从 1789 至 1995 年任职的每一位最高法院大法官（一共 105 位）的生平经历、司法哲学、法律贡献和重要判决。书中有很多珍贵、精彩的照片和漫画，形

象直观。书后附有介绍每一位大法官的参考书目和文献索引，供有兴趣的读者进一步研读。

13. Cushman, Robert F., *Leading Constitutional Decisions*. 17th edition, Englewood Cliffs, NJ: Prentice - Hall, Inc., 1987.

分类汇集了从1803年马伯里案到1986年为止的重要宪法判例，有详尽的背景介绍和说明。

14. Dershowitz, Alan M. *Reasonable Doubts: The O. J. Simpson Case and the Criminal Justice System*, New York: Simon & Schuster, 1996.

此书系辛普森案中“梦幻律师队”的重要成员、哈佛大学法学院教授撰写的评述辛普森案的著作。作者深入浅出地叙述了案中精彩的辩护场面，纯熟的辩护技巧，曲折迭宕的案情发展，令人吃惊的诉讼结局。法律分析鞭辟入里，深刻透彻。作者早年的一部名著《最好的辩护》（The Best Defense）已有中译本（北京，法律出版社，1994）。

15. Dreyfuss, Joel & Lawrence III, Charles. *The Bakke Case: The Politics of Inequality*. New York: Harcourt Brace Jovanovich & Company, 1979.

评介1978年加州大学诉巴基案的专著，资料丰富，分析深刻。

16. Fehrenbacher, Don E. *The Dred Scott Case: Its Significance in American Law & Politics*. New York: Oxford University Press, 1978.

美国著名学者、斯坦福大学历史系教授撰写的一部研究1857年斯科特案的经典学术名著，获得1979年度普利策历史学著作奖。

17. Freund, Paul A. & Katz, Stanley N., General Editors. *The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States*.

Vol.I, *Antecedents and Beginnings to 1801*, By Julius Goebel, Jr., 1971.

Vol.II, *Foundations of Power: John Marshall, 1801 – 15*, By George L. Haskins & Herbert A. Johnson, 1981.

Vol.III – IV, *The Marshall Court and Cultural Change, 1815 – 1835*, By G. Edward White, 1988.

Vol.V, *The Taney Period, 1836 – 64*, By Carl B. Swisher, 1974.

Vol.VI, *Reconstruction and Reunion, 1864 – 1888*, Part One, By Charles Fairman, 1971.

Vol.VII, *Reconstruction and Reunion, 1864 – 1888*, Part Two, By Charles Fairman, 1987.

Vol.VIII, *Trouble Beginnings of the Modern States, 1888 – 1910*, By Owen M. Fiss, 1993.

Vol.IX, *The Judiciary and Responsible Government, 1910 – 1921*, By Alexander M. Bickel & Benno C. Schmidt, Jr., 1984.

Vol.X, *Constitutional Rights and the Regulatory State, 1921 – 1930*, By Robert C. Post.（尚未出版）

Vol.XI, *The Crucible of the Modern Constitution, 1930 – 1941*, By Richard D. Friedman.（尚未出版）

NY: Macmillan, 1971 – 1993.

这套美国最高法院全史是美国式的“集体项目”，因为是根据霍姆斯的遗嘱，用其遗产组织编纂，故名《霍姆斯遗嘱美国最高法院史》。1955 年美国国会专门通过法律，成立由总统任命、国会图书馆馆长任主任的永久编纂委员会（the Permanent Committee for Devise）。全书先由 Paul A. Freund 任总编，接着他和 Stanley N. Katz 联袂主编，1992 年 Freund 过世后，由 Katz 单独主编。各卷出版年代不一，编好一卷出版一卷，最早一卷 1971 年出版，至今出版了 9 卷，内容涵盖到 1921 年。这套著作是美国

最权威的最高法院史，试图综合美国宪法史研究最新和最出色的研究成果，以求达到较高的学术水准。较早出版的几卷以平铺直叙为主，但第 3－4 卷作者 G. Edward White 开创了一种组织严谨、注重分析、夹叙夹议的专题研究式的编纂方式，这一方式也为最新出版（1993）的第 8 卷所继承。

18. Fogel, Robert William and Engerman, Stanley L., eds. *The Reinterpretation of American Economic History*. New York: Harper & Row, Publishers, 1971.

Fogel, Robert William and Engerman, Stanley L. *Time on the Cross: The Economics of American Negro Slavery*. Boston, Mass.: Little, Brown & Company, 1974.

Fogel, Robert William. *Without Consent or Contract: The Rise and Fall of American Slavery* .New York: Norton & Company, 1989.

这三部学术著作运用现代计量统计方法，从全新的角度研究美洲奴隶制，开创了美国经济史研究的新阶段。对前两本书，学术界褒贬不一，争论很大。但 1989 年出版的《未经同意或契约：美洲奴隶制的兴衰》一书获得广泛好评，作者福格尔（Robert William Fogel）获得了 1993 年度诺贝尔经济学奖。

19. Ervin, Jr., Sam J. *The Whole Truce: The Watergate Conspiracy*. New York: Random House, 1980.

此书系著名民主党参议员、参议院水门调查委员会主席撰写的回忆录。作者身居高位，深谙美国政治和法律内幕。全书从高层次分析了水门窃听案的背景和尼克松总统的失误。在同类题材的著述中，此书视野广阔，分析深刻，有一定参考价值。

20. Friedman, Leon & Israel, Fred, eds. *The Justices of the United States Supreme Court: Their Lives and Opinions, 1789 - 1978*. Vols. I－V, NY: Chelsen House Publishers, 1980.

比较详细 地介绍了到 1978 年为止的美国最高法院大法官的

生平，并选择了他们在一些重要判决上的意见书。

21. Fribourg, Majorie G. *The Supreme Court in American History: Ten Great Decisions*. NY, 1965.

美国最高法院重要判决的通俗读物，以故事的形式讲述了判决对美国历史的影响。作者对案情的描述既生动又形象，但一些地方不够准确，需要与其他资料对照。

22. Garraty, John A., ed. *Quarrels That Have Shaped the Constitution*. New York: Harper & Row, 1987.

此书摘录了美国宪政史上20个经典案例中的案情概要、律师辩护词和大法官判决书的片段。与原始的庭辩记录和《美国联邦最高法院判例报告》（United States Reports）相比，此书的摘录简明扼要、条理清晰。缺点是内容不够新颖，绝大部份是20世纪60年代以前的案例。

23. Hall, Hermit L., ed. *Major Problems in American Constitutional History, Vol. I & II: Documents and Essays*, Lexington, Mass.: Heath and Company, 1992.

由Paterson主编的《美国历史主要问题》教学参考资料的一种，选择编辑了美国宪政历史上的重要文件和有影响的研究论文。

24. Hall, Kermit, & Others, eds. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. NY: Oxford University Press, 1992.

此书系牛津大学出版社出版的著名《牛津辞书》（Oxford Companion）系列工具书之一，收录了由众多专家撰写的1000余个词条。重要词条都有参考书目。内容比下面介绍的由国会季刊（Congressional Quarterly）出版的《最高法院全书》更为详尽、全面和权威。但附录较简单，只有最高法院法官任免、继承等几项。

25. Hall, Hermit L., ed. *The Oxford Guide to United States*

*Supreme Court Decisions*. NY: Oxford University Press, 1999.

此书汇编440余个重要案例，其中四分之三来自上面的 *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*。不少案例附有相关的书目，可供进一步研究。附录中的术语表（349－358）很有价值。

26. Hofstadter, Richard. *The American Political Tradition*. New York: Vintage Books, 1989.

美国史学名家撰写的研究美国政治思想史的力作。作者在挖掘原始档案资料方面建树平平，但理论功底和学术素养非同一般。此书是一部很有参考价值的学术名著，商务印书馆有中译本出版。

28. Irons, Peter. *A People's History of the Supreme Court*. NY: Penguin Books, 2000.

美国"进步历史学派"学者撰写的一部宪政史著作。作者师承津恩（Howard Zinn）教授《美国人民的历史》一书的传统，在他犀利的笔下，最高法院大法官只是穿着黑袍的政客，宪政历程中的重要角色是黑奴、妇女、劳工、穷汉、拒服兵役者、示威群众和同性恋者等小人物。全书注重从下层人民和弱势群体的角度来观察美国最高法院的历史，对那些以无比的勇气为自己宪法权益而斗争的芸芸众生给予了充分的描述和同情，因此也可以说是对作者自己的早期著作《为权益而战》（The Courage of Their Convictions: Sixteen Americans fought Their Way to the Supreme Court，上海译文出版社，1997年）内容的发扬光大和全面补充。缺点是过于偏重公民权利和自由的宪法案例；批判有余，理论性不足。另外，书中一些精彩的直接引语没注明出处。

29. Irons, Peter. *Justice at War: The Story of the Japanese American Internment Cases*. New York: Oxford University Press, 1983.

以确凿的档案文献证明，在二战期间把日裔美国人集中到拘

留营是个根本错误的决定。而作者本人曾以律师的身份亲自参与了迫使联邦法院对有关案件进行重审和平反的法律活动。

30. Kairys, David. *With Liberty and Justice for Some: A Critique of the Conservative Supreme Court*. NY: New Press, 1993.

主要考察共和党里根和布什两任政府12年统治给最高法院带来的变化，具体研究了31个主要案例，试图说明最高法院在60–70年代的开明判决只是美国司法长期保守传统的一个“偏离”(aberration)。作者是著名的民权律师。

31. Kammen, Michael G. *A Machine That Would Go of Itself: The Constitution in American Culture*. New York: Knopf, 1986.

作者系康奈尔大学历史系教授，80年代初曾来华讲学。此书是美国学者分析和探讨“自动收银机”式的美国宪政运作和宪法文化的著作。涉及的问题广泛而深刻，引证资料非常丰富，有一定参考价值。

32. Kutler, Stanley I. *The Supreme Court and the Constitution: Readings in American Constitutional History*. New York: W. W. Norton & Company, Inc., 1977.

该书是一本极有条理地勾画最高法院历史的案例书。作者柯特勒是美国威斯康辛大学（麦迪逊）历史系教授，曾经多次来华讲学。其所著 The American Inquisition 一书的中文译本《美国八大冤假错案》已由商务印书馆出版。

33. Kutler, Stanley I., ed. *Abuse of Power: The New Nixon Tapes*. New York: Free Press, 1997。

此书系著名的白宫录音带的文字版。编辑者精心摘录了尼克松总统与他的高级幕僚之间8个多小时的谈话记录，并在每次谈话之前加了一些简要而精辟的背景注释。此书是研究水门事件和尼克松执政时期白宫内幕的最重要的第一手资料。

34. Lankevich, George J., ed. *The Supreme Court in American Life*

*Series*.

*The Federal Court*, *1787 – 1801*

*The Marshall Court*, *1801 – 1835*

*The Taney Court*, *1836 – 1864*

*The Reconstruction Court*, *1864 – 1888*

*The Fuller Court*, *1888 – 1910*

*The Conservative Court*, *1910 – 1930*

*The Court and American Crises*, *1930 – 1952*

*The Warren Court*, *1953 – 1868*

*The Burger Court*, *1968 – 1984*

New York：Associated Faculty Press，Inc.，1986.

这是一套极有参考价值的资料书，目的是让一般读者接触美国最高法院的第一手文献，了解美国最高法院的基本历史。每一卷都分成大事年表、重要文献和判决、大法官的传记三部分。与一般只收录最高法院判决的资料书不同，它还收集有关最高法院的重要立法、总统文献、大法官信函等史料。所有文献和判决都有导言。

35. Lawson，Don. *Landmark Supreme Court Cases*. Hisllside，NJ：Enslow Publishers，1987.

美国宪法通俗读物，对最高法院的一些著名案例做了通俗的介绍。

36. Lazarus，Edward. *Closed Chambers*：*the Rise*，*Fall and Future of the Modern Supreme Court*. NY：Penguin Books，1999.

作者曾经在1988－89年间，给Harry Blackmun大法官作过助手。熟悉最高法院的运作，把回忆录、历史和法理分析熔为一体。

37. Lewis，Anthony. *Gideon's Trumpet*. New York：Random House，1964.

作者为《纽约时报》著名专栏作者，1957—1964 年任《时代》周刊驻最高法院记者，1955、1963 年两次获得普利策新闻奖。此书系介绍 1963 年吉迪恩案的记实性著作，当年出版后曾经轰动一时，并被改编为同名电影。但因出版于 40 年之前，而且后来再版时未予修订，所以书中部份内容略显陈旧。

38.Lewis, Thomas T. & Wilson, Richard L. *Encyclopedia of the U. S. Supreme Court*. 3 vols., Pasadena, CA: Salem Press, 2001.

由 220 多位专家编写的这一《美国最高法院百科全书》，所收词条 1075 个，其中包括 548 个案件、189 个人物，比 Hall 所编的《美国最高法院牛津指南》规模略大。虽然它一些词条的解释还不及《牛津指南》详细、权威，但它内容更新，附录更全，有大法官专业生涯简介、一些国会重要法律、按主题排列的词条表以及带介绍性说明的参考书目和因特网资源等等。

39.Levy, Leonard W. and Kenneth L. Karst, ed. *Encyclopedia of the American Constitution*. Second Edition, New York: Macmillan Reference USA, 2000, vols. 1-6.

实际上，这套六卷本的美国宪法百科全书有很大一部分是高质量的专题论文汇编。条目丰富，包罗万象，解释权威，深入浅出，极有参考价值。

40.Liebowiz, Stan J. and Margolis, Stephen E. *Winners, Losers & Microsoft: Competition and Antitrust in High Technology*. Oakland, CA: The Independent Institute, 1999.

美国学者撰写的一部从经济学原理和价格分析角度研究微软案的著作。在同类题材的著作中，此书具有一定的经济理论深度。

41.Mauro, Tony. *Illustrated Great Decisions of the Supreme Court*. Washington, D.C.: CQ Press, 2000.

按字母顺序收录了美国历史上最有影响的 88 个案例，每个

案子都分成决定、背景、投票、要点、判词摘要和影响等方面加以介绍。

42. McClain, Charles J. *In Search of Equality: The Chinese Struggle against Discrimination in Nineteenth - Century America*. CA: Berkeley, University of California Press.

作者以翔实的史料，证明了19世纪下半叶在美国加利福尼亚的华人，为了自己的合法权利而进行的不懈斗争，特别是利用法律维护自己权利所作的种种努力，推翻了华人社会软弱无能、任人宰割的传统看法。

43. McCloskey, Robert G. *The American Supreme Cour*. third edition, revised by Stanford Levinson. the University of Chicago Press, 2000. (one of the Chicago History of American Civilization, ed. Daniel J. Boorstin)

最早在1960年出版。最高法院史的经典专著。修订本只增加了有关最近40年的两章，大事记和书目论文。

44. Novick, Sheldon M., ed., *The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes. Chicago*: University of Chicago Press, 1995, Vols. 1 - 3.

三卷本的美国最高法院大法官霍姆斯（1902—1932任职）著作选集。全书收入了霍姆斯大法官生平最重要的判决意见书、全部法律论著、各种发表和没有发表的演说、法律读书笔记、学生时代和内战从军时的各种作品。编者是《霍姆斯传》（*Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes*, Little Brown & Company, 1989）的作者，他在导读中详尽地论述了霍姆斯的生平、哲学观、司法实践及后人对霍姆斯的各种评价。

45. O'Brien, David M. *Storm Center: The Supreme Court in American Politics*. New York: Norton & Company, 1993.

作者借用霍姆斯大法官比喻最高法院象暂时平静的“风暴眼”的名言为书名，叙述和分析了貌似风平浪静的最高法院在美国政治生活中的显赫地位和巨大影响，对深入了解最高法院和美国政治很有帮助。

46.Paddock，Lisa. *Facts About the Supreme Court of the United States*. NY：the H.W. Wilson Company，1996.

汇集了从 1789 年第一届最高法院 Jay 法院到 1986 年 Rehnquist 法院的各种数据，包括各届法院成立的历史背景、重要事件、法官的详尽的资料背景和重要判决简介，附有术语简介。

47.Padover，Saul K. *The Living U.S. Constitution：Historical Background Landmark Supreme Court Decisions with Introductions indexed Guide Pen Portraits of Signers*，third revised edition by Jacob W. Landynski. NY：A Meridian Book，1995.

研究美国宪法的经典著作，除了结合制宪背景和过程分析宪法含义外，还分类选择了 57 个宪法案件的判决摘要，每个案件有简单的导语，通过这些案例的分析，叙述了美国宪法循序渐进、调整改善、适应现实、不断更新的历史进程，阐明了美国宪法之所以会成为一部“活着的宪法”的深刻原因。最早出版于 1953 年，最新版增加了 20 个案例。

48.Posner，Richard A. *An Affair of State：The Investigation，Impeachment，and Trail of President Clinton*，Cambridge，Mass.：Harvard University Press，1999.

美国联邦第 7 巡回上诉法院首席法官波斯纳撰写的分析克林顿弹劾案的著作。在同类题材的著述中，此书具有一定理论深度。作者毕业于哈佛法学院，曾任最高法院大法官布伦南(William J. Brennan，Jr.，1956—1990 任职）的法律助理（law clerk），1981 年出任联邦法官。此公是当代美国法律经济学派创始人、新实用主义法学代表人物，在美国法学界影响很大。其力

作《法律的经济分析》（Economic Analysis of Law）等书由北京大学法学院教授朱苏力主持翻译，以《波斯纳文集》为题印行出版。另外，本书的中译本《国家事务：对克林顿总统的调查、弹劾与审判》2001 年由法律出版社出版。

49. Posner, Richard A. *Breaking the Deadlock: the 2000 Election, the Constitution, & the Courts*. Princeton, NJ: Princeton University, 2001.

波斯纳运用法律知识分析现实问题的又一力作。分析 2000 年总统大选所涉及的宪法问题，以及联邦和州两个法院系统所扮演的角色，同时评论了保守派和开明派的看法。

50. Potter, David M. completed and edited by Don E. Fehrenbacher. *The Impending Crisis, 1848—1861*. New York: Harper & Row, Publishers, 1976.

美国著名历史学家撰写的一部研究南北战争起源的学术名著，获得 1977 年度普利策历史学著作奖。

51. Rehnquist, William H. *The Supreme Court*. New York: Alfred A. Knopf, 2001.

美国最高法院现任首席大法官伦奎斯特（1971—1986 任大法官，1986 起任首席大法官）撰写的一部美国宪政史通俗读物。

52. Schwartz, Bernard. *Main Currents in American Legal Thought*. Durham: NC, Carolina Academic Press, 1993.

此书系一部介绍和评述二百年来美国政治法律思想的学术著作，以对宪政产生过重大影响的美国政治家、法律家为中心，结合社会史和思想史背景，讨论美国宪政法治经历。比较全面地评介了从汉密尔顿、麦迪逊、马歇尔、霍姆斯、卡多佐到法兰克福特、沃伦、德沃金、罗尔斯、波斯纳等不同时代、不同流派的几十位法官、法学家的法律思想、司法理念、政治哲学及其深远影响，可读性和学术性皆佳。

53. Schwartz, Bernard. *A History of the Supreme Court*. New York: Oxford University Press, 1993.

有感于有关最高法院历史的著作不是太长（如霍姆斯遗嘱本），就是太短（如 McCloskey 的书），作者撰写了这本篇幅适中、涵盖时期较长、各时期内容叙述较为平衡的著作。作者既把最高法院发展的历史看作是一面镜子，反映了它所服务的社会的变迁，也把它看作是一个发动机，帮助推动社会向着特定时期主导法律观念的方向发展。基于这一看法，作者除了按各届法院来安排章节外，特别选择斯科特案、洛克纳案、布朗案和罗案作为四个界标案例（watershed cases）加以专门论述。可读性较强。

54. Silver, David M. *Lincoln's Supreme Court*. Chicago: University of Illinois Press, 1998 (reissue).

此书早在 1956 年出版，至今仍是有关内战时期最高法院研究的惟一一本专著。作者是历史学家，讨论了林肯与最高法院之间的复杂关系，对法律问题给予历史的解释，叙述生动，可读性强。

55. Smith, Edward. *John Marshall: Definer of a Nation*. New York: H. Holt & Co., 1996.

此书系最高法院首席大法官约翰·马歇尔（John Marshall，1801—1835 任职）的传记。全书将历史、政治背景与马歇尔法官的家世、思想渊源、从政经历、法官生涯及其重要司法判决熔为一体，兼具学术性和可读性。

56. *The Supreme Court: A to Z, A Ready Reference Encyclopedia*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly Inc., 1993.

此书系 CQ 版美国政府全书中的一种，收录了 300 多个条目，通俗易懂，并附有很多图片和漫画，可谓图文并茂，很适合一般读者，但对专业读者就显得不够深入。

57. Warren, Earl. *The Memoirs of Earl Warren*. New York:

Doubleday & Company, Inc., 1977.

美国最高法院首席大法官沃沦（1953—1969任职）退休后撰写的回忆录，对深人了解沃沦其人以及沃沦法院的判决很有参考价值。可惜天不假年，沃沦法官仅完成初稿就因病去世。所以书中对个别重大判决的内幕和具休运作过程未能给予详尽解释。

58. White, G. Edward. *The Marshall Court and Cultural Change, 1815 – 1835.* Abridged Edition, NY: Oxford University, 1991.

此书系 Paul A. Freund & Stanley N. Katz 主编的 *The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States* 的第3–4卷的简写本。因为作者的编写方式比起先前出版的各卷有所创新，注意照顾一般读者需要，突出社会和文化背景，夹叙夹义，少了学究气，多了可读性，出版后较受欢迎。作者遂删除原书中一般读者不感兴趣的非宪法案例，编成主题更为集中、可读性更强的删节本。

**（二）译成中文的西方学者著述**

1. 亨利·J·亚伯拉罕：《法官与总统——一部任命最高法院法官的政治史》，北京：商务印书馆，1990。美国研究大法官与政治关系的经典著作，讨论了总统在提名法官时的政治考虑和法官的政治倾向。

2. 汉密尔顿等著、程逢如等译：《联邦党人文集》，北京：商务印书馆，1980。西方政治学经典，美国宪法学的权威解释。

3. 莫里森等著、南开大学历史系美国史研究室译：《美利坚共和国的成长》，上下卷，天津人民出版社，1980和1991。

叙述性美国通史的典范著作，译文极佳，可读性强。

4. 彼德·沃尔编、徐昕等译：《美国政治内幕：人物与政治》，北京：社会科学文献出版社，1992。其中第六章专门谈最高法院和大法官的一些内幕，生动形象。

5. 詹姆斯·安修著，黎建飞译：《美国宪法解释和判例》，北

京：中国政法大学出版社，1994，178页。主要是谈最高法院是如何解释宪法。判例极少，译文很差。

6. 杰罗姆·巴伦、托马斯·迪恩斯著、刘瑞祥译：《美国宪法概论》，北京：中国社会科学出版社，1995，396页。

美国宪法学初级教科书。对联邦和地方的分权，立法、行政和司法的分立以及个人权利有完整和简洁的论述。

7. 彼特·伦斯特洛姆编、贺卫方等译：《美国法律词典》，北京：中国政法大学出版社，1998，379页。

简明扼要的法律词典，着重于美国司法制度和司法程序。虽为名家所译校，但仍有若干瑕疵。

8. 路易斯·亨金、阿尔伯特·罗森塔尔编、郑戈等译：《宪政与权利》，北京：三联书店，1996，623页。

比较宪法研究著作，谈及美国宪法的内涵及对海外的影响。

9. 哈罗德·伯曼编、陈若恒译：《美国法律讲话》，北京：三联书店，1988，242页。

美国新闻署约请美国法律权威所编写的、主要为外国读者服务的通俗读物。

10. 柯特勒：《美国八大冤假错案》(The American Inquisition)，北京：商务印书馆，2001。

原书1981年在美国出版，用翔实的史料揭露冷战初期美国司法存在的问题。

11. ［法］托克维尔著、董国良译：《论美国的民主》，北京：商务印书馆，上下卷，1991。

研究美国民主法治的经典。

12. 彼德·伊龙斯著、上海市政协编译组译：《为权益而战》(The Courage of Their Convictions: Sixteen Americans fought Their Way to the Supreme Court)，上海译文出版社，1997。

原书1988年在美国出版，讲了16个美国普通百姓维护个人

权利，最终把官司打到最高法院的故事。每个案子先有背景和内容介绍，接着是当事人自己的叙述和回忆，非常生动。

13. 威廉·曼切斯特著、朱协等译：《光荣与梦想：1932－1972年美国实录》，全4册，北京：商务印书馆，1978－1980。

对美国社会全景式的描述和刻画，非常形象生动。

14. 伯纳德·施瓦茨著、王军等译：《美国法律史》，北京：中国政法大学出版社，1997。

对美国的法律和法学简明扼要、生动有趣的系统介绍。

15. 鲍勃·伍德沃德、斯科特·阿姆斯特朗著、熊必俊等译：《美国最高法院内幕》，南宁：广西人民出版社，1982，522页。

作者一位是调查水门窃听案内幕的记者，另一位是国会水门事件调查委员会的律师。全书对1969—1975年期间美国最高法院做出判决的内幕进行了深入调查，但出版后遭到法律界权威人士负面评价，认为书中揭发出的内幕大部份都是瞎掰。然而，根据国会图书馆近年来公布的有关道格拉斯（William O. Douglas，1939—1975任职）、布伦南（William J. Brennan, Jr.，1956—1990任职）和瑟伍德·马歇尔（Thurwood Marshall，1967—1991任职）等大法官的文献档案，两位记者揭露出的种种内幕不但确有其事，而且仅仅是冰山一角。

16. 鲍勃·伍德沃德、卡尔·伯恩斯坦著、杨恒达译：《总统班底——两个小人物是如何改写美国历史的》，北京：中国工人出版社，2001，399页。

此书系调查水门事件的两位记者合写的记实性报告，堪称20世纪美国历史上最惊心动魄的政治侦探故事，是研究水门事件的重要资料。好莱坞著名电影导演帕库拉（Alan J. Pakula，曾执导《索非的选择》等影片）根据此书拍摄的同名影片《总统班底——两个小人物》（All the President's Men），获得1976年度奥斯卡最佳故事片的提名。著名影星罗伯特·莱特福特（Robert

Redford）和达斯廷·霍夫曼（Dustin Hoffman）在影片中扮演真实生活中的伍德沃德和伯恩斯坦。

17. 尼尔·R·彼尔斯著、中国社会科学院美国研究室编译室译、董乐山校：《美国志》（上、下册），北京：中国社会科学出版社，1987，1234页。

此书系一部很有特点的美国国情概况。与那些大而化之地介绍美国人以及美国历史、政治和文化特点的著述不同，作者独具慧眼，深谙国情，逐州介绍美国50个州的历史沿革、政治概况、经济地理、文化特点、各界名人等情况，对于从联邦制角度了解美国宪政历程很有帮助。

18. 〔英〕弗里德利希·冯·哈耶克著、邓正来译：《自由秩序原理》，北京：三联书店，1997，上、下册，448、339页。

现代西方自由主义理论大师的一部力作，作者1974年获得诺贝尔经济学奖。这部著作见解独到，思想深邃，将法学、哲学、经济学、政治学、历史学、伦理学和人类学的分析熔为一体，阐述了自由与民主、自由与平等、自由与法治、自由与经济以及自生性秩序等重要理论问题。书中第十二章为“美国的贡献：宪政”，作者列举1937年美国最高法院与罗斯福政府冲突的案例，来说明“限制立法权”这一宪政原则的重要性。但是，作者忽视了美国最高法院实际上也是一个由不同政治倾向和利益背景的人组成的机构的事实。

19. 霍华德·津恩著、许先春等译：《美国人民的历史》，上海：上海人民出版社，2000，601页。

美国“进步历史学派”学者撰写的一部很有特点的历史著作，英文版自1980年问世后，已再版重印25次。作者拒绝从统治者、征服者、外交家、企业家、大法官的视点叙述历史，而是从下层贫苦百姓的视角描述了一部充满侵略、暴力、剥削和不公正的美国历史。作者认为：“穷人的哭诉不一定总是正确的，但

要是听不到他们的哭诉，你就永远不知道什么是公正。”

**（三）中文参考书目**

1. 白雪峰：《司法自由主义与沃伦法院研究》，南京大学博士论文，2001。

对沃伦法院在黑人民权、选民投票权和被告权利等方面的司法实践，进行了全面深入的分析。

2. 李道揆：《美国政府和美国政治》（上、下册），北京：商务印书馆，1999。

国内对美国政府和宪政体制最全面、系统的研究和介绍。

3. 王希著：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社，2000，689页。

从历史的观点对美国宪法的原则与实践进行了细致和有针对性的考察，材料非常丰富，既有很高的学术价值，又有一定的可读性。但第二次世界大战后的部分有些薄弱。

4. 张千帆：《西方宪政体系：上册·美国宪法》，北京：中国政法大学出版社，2000。

围绕美国宪法的基本内容，结合宪政史上的重要判决，对美国宪法所规定的主要内容如三权分立、联邦制度、正当法律程序、法律平等保护、言论自由等进行了深入和细致的阐述，有较完备的参考书目和不同观点的评介。内容丰富，但可读性不够。

5. 朱瑞祥著：《美国联邦最高法院判例史程》，台北：黎明文化事业股份有限公司，1984，787页。

实际上是一部美国最高法院的历史，按时间顺序逐一介绍了历届最高法院的组成和主要判决。比较浅显易懂。

6. 荆知仁：《美国宪法人身自由条款要义》，台北：台湾商务印书馆，1983，141页。

专门讨论美国宪法修正案中的公民和人身自由的条款，学理味很浓。

7. 刘卫政、司徒颖怡著：《疏漏的天网：美国刑事司法制度》，北京：中国社会科学出版社，2000，258 页。

具体介绍了美国宪法原则指导下的刑事司法制度和实践，比较准确和详细。

8. 吴耘编注：《美国法治面面观》，北京大学出版社，2002。

中国学者选编的介绍美国宪政法治的英文读物，有非常好的中文注释。

9. 朱伟一、董婉月编著：《美国经典案例解析》，北京：中国法制出版社，1999。

选择美国各级法院的一些重要判决，并按宪法、民事诉讼法、合同法、侵权法、财产法、刑法、公司法、证券法和银行法等不同的法律进行分类，对案例的背景、相关的法律和术语进行了初步介绍和分析，每个案例都选译了判决书的主要部分。

10. 李昌钰口述、邓洪整理：《神探李昌钰破案实录》，台北：时报文化出版企业股份有限公司，1998，283 页。

此书系美国康涅狄格州警政厅刑事化验室主任李昌钰博士（Dr. Henry Lee）口述的破案实录。李昌钰以其精湛、独特的刑事侦查与证据鉴识技术享誉国际警界，因屡破奇案被媒体誉为“当代福尔摩斯”和“证据鉴识大师”。书中收录了他在辛普森涉嫌杀人案、肯尼迪总统侄子史密斯（William Kennedy Smith）涉嫌强奸案等大案中出任刑事鉴识专家的精彩故事，对于了解美国司法制度以及从证据鉴识角度分析辛普森案很有助益。

11. 林达：《历史深处的忧虑》，北京：三联书店，1997，320 页。

林达：《总统是靠不住的》，北京：三联书店，1998，428 页。

林达：《我也有一个梦想》，北京：三联书店，1999，469 页。

这三本书系列成套，以通信和讲故事的形式，对美国宪政法治、司法制度、三权分立与制衡、权利法案、联邦制度、南北战

争、言论自由、民权运动以及一些著名的宪法案例做了非常精彩而通俗的介绍，兼具思想性和可读性。但书中有个别史实不够准确。

（任东来、陈伟）

**附录一：**

# 一七七六年七月四日，大陆会议<br>美利坚十三个联合邦一致通过的宣言

在有关人类事务的发展过程中，当一个民族必须解除其和另一个民族之间的政治联系，并在世界各国之间依照自然和自然神明的法则，取得独立和平等的地位时，出于对人类公意的尊重，必须宣布他们不得不独立的原因。

我们认为下面这些真理是不言而喻的：造物主创造了平等的个人，并赋予他们若干不可剥夺的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利，人们才在他们之间建立政府，而政府之正当权力，则来自被统治者的同意。任何形式的政府，只要破坏上述目的，人民就有权利改变或废除它，并建立新政府；新政府赖以奠基的原则，得以组织权力的方式，都要最大可能地增进民众的安全和幸福。的确，从慎重考虑，不应当由于轻微和短暂的原因而改变成立多年的政府。过去的一切经验也都说明，任何苦难，只要尚能忍受，人类都宁愿容忍，而无意废除他们久已习惯了的政府来恢复自身的权益。但是，当政府一贯滥用职权、强取豪夺，一成不变地追逐这一目标，足以证明它旨在把人民置于绝对专制统治之下时，那么，人民就有权利，也有义务推翻这个政府，并为他们未来的安全建立新的保障——这就是这些殖民地过去逆来顺受的情况，也是它们现在不得不改变以前政府制度的原因。当今大不列颠国王的历史，是一再损人利己和强取豪夺的历史，所有这些暴行的直接目的，就是想在这些邦建立一种绝对的暴政。为了证明所言属实，现把下列事实向公正的世界宣布。

他拒绝批准对公众利益最有益、最必要的法律。

他禁止他的总督们批准急需和至关重要的法律，要不就把这些法律搁置起来等待他的同意；一旦这些法律被搁置起来，他就完全置之不理。

他拒绝批准允许将广大地区供民众垦殖的其他法律，除非那些人民情愿放弃自己在立法机关中的代表权；但这种权利对他们有无法估量的价值，只有暴君才畏惧这种权利。

他把各地立法机构召集到既不方便、也不舒适且远离公文档案保存地的地方去开会，其惟一的目的是使他们疲于奔命，顺从他的意旨。

他一再解散各殖民地的议会，因为他们坚定果敢地反对他侵犯人民的各项权利。

在解散各殖民地议会后，他又长时间拒绝另选新议会。但立法权是无法被取消的，因此这项权力已经回到广大人民手中并由他们来行使；其时各邦仍然险象环生，外有侵略之患，内有动乱之忧。

他竭力抑制各殖民地增加人口，为此，他阻挠《外国人归化法律》的通过，拒绝批准其他鼓励外国人移居各邦的法律，并提高分配新土地的条件。

他拒绝批准建立司法权力的法律，借以阻挠司法公正。

他控制了法官的任期、薪金数额和支付，从而让法官完全从属于他个人的意志。

他建立多种新的衙门，派遣蝗虫般多的官员，骚扰我们人民，并蚕食民脂民膏。

在和平时期，未经我们立法机关的同意，他就在我们中间驻扎常备军。

他使军队独立于民政权力之外，并凌驾于民政权力之上。

他同一些人勾结，把我们置于一种与我们的体制格格不入、

且不为我们的法律认可的管辖之下；他还批准这些人炮制的假冒法案，来到达下述目的：

在我们这里驻扎大批武装部队；

用假审讯来包庇他们，使那些杀害我们各邦居民的谋杀者逍遥法外；

切断我们同世界各地的贸易；

未经我们同意便向我们强行征税；

在许多案件中剥夺我们享有陪审团的权益；

编造罪名把我们递解到海外去受审。

在一个邻近地区[①] 废除英国法律的自由制度，在那里建立专横政府，并扩大它的疆界，企图使之迅即成为一个样板和得心应手的工具，以便向这里的各殖民地推行同样的专制统治；取消我们的特许状，废除我们最宝贵的法律，并且从根本上改变了我们的政府形式；中止我们自己的立法机构，宣称他们自己在任何情况下都有权为我们立法。

他宣布我们已不在他的保护之下，并向我们开战，从而放弃了这里的政权。

他在我们的海域大肆掠夺，蹂躏我们的海岸，焚烧我们的市镇，残害我们人民的生命。

此时他正在运送大批外国佣兵来完成屠杀、破坏和肆虐的勾当，这种勾当早就开始，其残酷卑劣甚至在最野蛮的时代也难出其右。他完全不配做一个文明国家的元首。

他强迫在公海被他俘虏的我们公民同胞充军，反对自己的国家，成为残杀自己朋友和亲人的刽子手，或是死于自己朋友和亲人的手下。

他在我们中间煽动内乱，并且竭力挑唆那些残酷无情的印第

---

① 指加拿大。

安人来杀掠我们边疆的居民。众所周知，印第安人的作战方式是不分男女老幼，一律格杀勿论。

在这些压迫的每一阶段中，我们都曾用最谦卑的言辞请求救济，但我们一再的请愿求所得到的答复却是一再的伤害。这样，一个君主，在其品行人格已打上了可以看作是暴君行为的烙印时，便不配做自由人民的统治者。

我们不是没有顾念我们英国的弟兄。我们一再警告过他们，他们的立法机关企图把无理的管辖权横加到我们的头上。我们也提醒过他们，我们移民并定居来这里的状况。我们曾经呼唤他们天生的正义感和侠肝义胆，我们恳切陈词，请他们念在同文同种的份上，弃绝这些必然会破坏我们彼此关系和往来的无理掠夺。对于这种来自正义和基于血缘的呼声，他们却也同样置若罔闻。迫不得已，我们不得不宣布和他们分离。我们会以对待其他民族一样的态度对待他们：战时是仇敌，平时是朋友。

因此，我们，集合在大陆会议下的美利坚联合邦的代表，为我们各项正当意图，吁请全世界最崇高的正义：以各殖民地善良人民的名义并经他们授权，我们极为庄严地宣布，这些联合一致的殖民地从此成为、而且是名正言顺地成为自由和独立的国家；它们解除效忠英国王室的一切义务，它们和大不列颠国家之间的一切政治关系从此全部断绝，而且必须断绝；作为自由独立的国家，它们完全有权宣战、媾和、结盟、通商和采取独立国家理应采取和处理的一切行动和事宜。为了强化这篇宣言，我们怀着深信神明保佑的信念，谨以我们的生命、财富和神圣的荣誉，相互保证，共同宣誓。

[任东来在《美国历史文献选集》的译文（中国翻译出版公司翻译，美国驻华大使馆新闻文化处出版，1985）和《1765——1917年的美国》的译文（谢德风等选译，北京三联书店，1957）基础上重译。]

**附录二:**

# 美利坚合众国宪法*

我们合众国人民，为建立更完善的联盟** 树立正义，保障国内安宁，提供共同服务，促进公共福利，并使我们自己和后代得享自由的幸福，特为美利坚合众国制定本宪法。

## 第一条

**第一款** 本宪法授予的全国立法权，属于由参议院和众议院组成的合众国国会。

**第二款** 众议院由各州人民每两年选举产生的众议员组成。每个州的选举人须具备该州州议会上人数最多一院选举人所必需的资格。

凡年龄不满二十五岁，成为合众国公民不满七年，在一州当选时不是该州居民者，不得担任众议员。

〔众议员名额和直接税税额，在本联邦可包括的各州中，按照各自人口比例进行分配。各州人口数，按自由人总数加上所有

---

* 选自李道揆著：《美国政府和政治》（下册）商务印书馆，1999，第775－799。

** 原文为 union，李道揆译文为“联邦”，现据李剑鸣教授意见改为“联盟”。其原因在于，美国的建国方式是先有邦国，然后在各邦联合的基础上组成联盟式国家，邦联是一种联盟式国家，但经过若干年运作，表明是一种不够完善的联盟，而 1787 年宪法设计的联邦制，自然是一种“更完善的联盟”。（见李剑鸣：“美国宪法何以成为‘活着的宪法’”，《美国研究》，2001 年第 4 期，第 125 页。）

其他人口的五分之三予以确定。自由人总数包括必须服一定年限劳役的人，但不包括未被征税的印第安人。〕[1]人口的实际统计在合众国国会第一次会议后三年内和此后每十年内，依法律规定的方式进行。每三万人选出的众议员人数不得超过一名，但每州至少须有一名众议员；在进行上述人口统计以前，新罕布什尔州有权选出三名，马萨诸塞州八名，罗得岛州和普罗维登斯种植地一名，康涅狄格州五名，纽约州六名，新泽西州四名，宾夕法尼亚州八名，特拉华州一名，马里兰州六名，弗吉尼亚州十名，北卡罗来纳州五名，南卡罗来纳州五名，佐治亚州三名。

任何一州代表出现缺额时，该州行政当局应发布选举令，以填补此项缺额。

众议院选举本院议长和其他官员，并独自拥有弹劾权。

**第三款** 合众国参议院由〔每州州议会选举的〕[2]两名参议员组成，任期六年；每名参议员有一票表决权。

参议员在第一次选举后集会时，立即分为人数尽可能相等的三个组。第一组参议员席位在第二年年终空出，第二组参议员席位在第四年年终空出，第三组参议员席位在第六年年终空出，以便三分之一的参议员得每二年改选一次。〔在任何一州州议会休会期间，如因辞职或其他原因而出现缺额时，该州行政长官在州议会下次集会填补此项缺额前，得任命临时参议员。〕[3]

凡年龄不满三十岁，成为合众国公民不满九年，在一州当选时不是该州居民者，不得担任参议员。

合众国副总统任参议院议长，但除非参议员投票时赞成票和反对票相等，无表决权。

参议院选举本院其他官员，并在副总统缺席或行使合众国总统职权时，选举一名临时议长。

参议院独自拥有审判一切弹劾案的权力。为此目的而开庭时，全体参议员须宣誓或作代誓宣言。合众国总统受审时，最高

法院首席大法官主持审判。无论何人，非经出席参议员三分之二的同意，不得被定罪。

弹劾案的判决，不得超出免职和剥夺担任和享有合众国属下有荣誉、有责任或有薪金的任何职务的资格。但被定罪的人，仍可依法受起诉、审判、判决和惩罚。

**第四款** 举行参议员和众议员选举的时间、地点和方式，在每个州由该州议会规定。但除选举参议员的地点外，国会得随时以法律制定或改变这类规定。

国会每年至少开会一次，除非国会以法律另订日期外，此会议在〔十二月第一个星期一〕[4]举行。

**第五款** 每院是本院议员的选举、选举结果报告和资格的裁判者。每院议员过半数，即构成议事的法定人数；但不足法定人数时，得逐日休会，并有权按每院规定的方式和罚则，强迫缺席议员出席会议。

每院得规定本院议事规则，惩罚本院议员扰乱秩序的行为，并经三分之二议员的同意开除议员。

每院应有本院会议记录，并不时予以公布，但它认为需要保密的部分除外。每院议员对于任何问题的赞成票和反对票，在出席议员五分之一的请求下，应载人会议记录。

在国会开会期间，任何一院，未经另一院同意，不得休会三日以上，也不得到非两院开会的任何地方休会。

**第六款** 参议员和众议员应得到服务的报酬，此项报酬由法律确定并由合众国国库支付。他们除犯叛国罪、重罪和妨害治安罪外，在一切情况下都享有在出席各自议院会议期间和往返于各自议院途中不受逮捕的特权。他们不得因在各自议院发表的演说或辩论而在任何其他地方受到质问。

参议员或众议员在当选任期内，不得被任命担任在此期间设置或增薪的合众国管辖下的任何文官职务。凡在合众国属下任职

者，在继续任职期间不得担任任何一院议员。

**第七款** 所有征税议案应首先在众议院提出，但参议院得像对其他议案一样，提出或同意修正案。

众议院和参议院通过的每一议案，在成为法律前须送交合众国总统。总统如批准该议案，即应签署；如不批准，则应将该议案连同其反对意见退回最初提出该议案的议院。该院应将此项反对意见详细载入本院会议记录并进行复议。如经复议后，该院三分之二议员同意通过该议案，该议案连同反对意见应一起送交另一议院，并同样由该院进行复议，如经该院三分之二议员赞同，该议案即成为法律。但在所有这类情况下，两院表决都由赞成票和反对票决定；对该议案投赞成票和反对票的议员姓名应分别载入每一议院会议记录。如任何议案在送交总统后十天内（星期日除外）未经总统退回，该议案如同总统已签署一样，即成为法律，除非因国会休会而使该议案不能退回，在此种情况下，该议案不能成为法律。

凡须由参议院和众议院一致同意的每项命令、决议或表决(关于休会问题除外)，须送交合众国总统，该项命令、决议或表决在生效前，须由总统批准，如总统不批准，则按照关于议案所规定的规则和限制，由参议院和众议院三分之二议员重新通过。

**第八款** 国会有权：

规定和征收直接税、进口税、捐税和其他税，以偿付国债、提供合众国共同防务和公共福利，但一切进口税、捐税和其他税应全国统一；

以合众国的信用借款；

管制同外国的、各州之间的和同印第安部落的商业；

制定合众国全国统一的归化条例和破产法；

铸造货币，厘定本国货币和外国货币的价值，并确定度量衡的标准；

规定有关伪造合众国证券和通用货币的罚则；

设立邮政局和修建邮政道路；

保障著作家和发明家对各自著作和发明在限定期限内的专有权利，以促进科学和工艺的进步；

设立低于最高法院的法院；

界定和惩罚在公海上所犯的海盗罪和重罪以及违反国际法的犯罪行为；

宣战，颁发捕获敌船许可状，制定关于陆上和水上捕获的条例；

招募陆军和供给军需，但此项用途的拨款期限不得超过两年；

建立和维持一支海军；

制定治理和管理陆海军的条例；

规定征召民兵，以执行联邦法律、镇压叛乱和击退入侵；

规定民兵的组织、装备和训练，规定用来为合众国服役的那些民兵的管理，但民兵军官的任命和按国会规定的条例训练民兵的权力，由各州保留；

对于由某些州让与合众国、经国会接受而成为合众国政府所在地的地区（不得超过十平方英里），在任何情况下都行使独有的立法权；对于经州议会同意、由合众国在该州购买的用于建造要塞、弹药库、兵工厂、船坞和其他必要建筑物的一切地方，行使同样的权力；以及制定为行使上述各项权力和由本宪法授予合众国政府或其任何部门或官员的一切其他权力所必要和适当的所有法律。

**第九款** 现有任何一州认为得准予入境之人的迁移或入境，在一千八百零八年以前，国会不得加以禁止，但对此种人的入境，每人可征不超过十美元的税。

不得中止人身保护状的特权，除非发生叛乱或入侵时公共安

全要求中止这项特权。

不得通过公民权利剥夺法案或追溯既往的法律。

〔除依本宪法上文规定的人口普查或统计的比例，不得征收人头税或其他直接税。〕[5]

对于从任何一州输出的货物，不得征税。

任何商业或税收条例，都不得给予一州港口以优惠于他州港口的待遇；开往或开出一州的船舶，不得被强迫在他州入港、出港或纳税。

除根据法律规定的拨款外，不得从国库提取款项。一切公款收支的定期报告书和账目，应不时予以公布。

合众国不得授予贵族爵位。凡在合众国属下担任任何有薪金或有责任的职务的人，未经国会同意，不得从任何国王、君主或外国接受任何礼物、俸禄、官职或任何一种爵位。

**第十款** 任何一州都不得：缔结任何条约，参加任何同盟或邦联；颁发捕获敌船许可状；铸造货币；发行纸币；使用金银币以外的任何物品作为偿还债务的货币；通过任何公民权利剥夺法案、追溯既往的法律或损害契约义务的法律；或授予任何贵族爵位。

任何一州，未经国会同意，不得对进口货或出口货征收任何税款，但为执行本州检查法所绝对必需者除外。任何一州对进口货或出口货所征全部税款的纯收益供合众国国库使用；所有这类法律得由国会加以修正和控制。

任何一州，未经国会同意，不得征收任何船舶吨位税，不得在和平时期保持军队或战舰，不得与他州或外国缔结协定或盟约，除非实际遭到入侵或遇刻不容缓的紧迫危险时不得进行战争。

# 第二条

**第一款** 行政权属于美利坚合众国总统。总统任期四年，副总统的任期相同。总统和副总统按以下方法选举：

每个州依照该州议会所定方式选派选举人若干人，其数目同该州在国会应有的参议员和众议员总人数相等。但参议员或众议员，或在合众国属下担任有责任或有薪金职务的人，不得被选派为选举人。

〔选举人在各自州内集会，投票选举两人，其中至少有一人不是选举人本州的居民。选举人须开列名单，写明所有被选人和每人所得票数；在该名单上签名作证，将封印后的名单送合众国政府所在地，交参议院议长收。参议院议长在参议院和众议院全体议员面前开拆所有证明书，然后计算票数。得票最多的人，如所得票数超过所选派选举人总数的半数，即为总统。如获得此种过半数票的人不止一人，且得票相等，众议院应立即投票选举其中一人为总统。如无人获得过半数票，该院应以同样方式从名单上得票最多的五人中选举一人为总统。但选举总统时，以州为单位计票，每州代表有一票表决权；三分之二的州各有一名或多名众议员出席，即构成选举总统的法定人数，选出总统需要所有州的过半数票。在每种情况下，总统选出后，得选举人票最多的人，即为副总统。但如果有两人或两人以上得票相等，参议院应投票选举其中一人为副总统。〕[⑥]

国会得确定选出选举人的时间和选举人投票日期，该日期在全合众国应为同一天。

无论何人，除生为合众国公民或在本宪法采用时已是合众国公民者外，不得当选为总统；凡年龄不满三十五岁、在合众国境内居住不满十四年者，也不得当选为总统。

〔如遇总统被免职、死亡、辞职或丧失履行总统权力和责任的能力时，总统职务应移交副总统。国会得以法律规定在总统和副总统两人被免职、死亡、辞职或丧失任职能力时，宣布应代理总统的官员。该官员应代理总统直到总统恢复任职能力或新总统选出为止。〕⑦

总统在规定的时间，应得到服务报酬，此项报酬在其当选担任总统任期内不得增加或减少。总统在任期内不得接受合众国或任何一州的任何其他俸禄。

总统在开始执行职务前，应作如下宣誓或代誓宣言："我庄严宣誓（或宣言）我一定忠实执行合众国总统职务，竭尽全力维护、保护和捍卫合众国宪法"。

**第二款** 总统是合众国陆军、海军和征调为合众国服役的各州民兵的总司令。他得要求每个行政部门长官就他们各自职责有关的任何事项提出书面意见。他有权对危害合众国的犯罪行为发布缓刑令和赦免令，但弹劾案除外。

总统经咨询参议院和取得其同意有权缔结条约，但须经出席参议员三分之二的批准。他提名，并经咨询参议院和取得其同意，任命大使、公使和领事、最高法院法官和任命手续未由本宪法另行规定而应由法律规定的合众国所有其他官员。但国会认为适当时，得以法律将这类低级官员的任命权授予总统一人、法院或各部部长。

总统有权委任人员填补在参议院休会期间可能出现的官员缺额，此项委任在参议院下期会议结束时满期。

**第三款** 总统应不时向国会报告联邦情况，并向国会提出他认为必要和妥善的措施供国会审议。在非常情况下，他得召集两院或任何一院开会。如遇两院对休会时间有意见分歧时，他可使两院休会到他认为适当的时间。他应接见大使和公使。他应负责使法律切实执行，并委任合众国的所有官员。

**第四款** 总统、副总统和合众国的所有文职官员，因叛国、贿赂或其他重罪和轻罪而受弹劾并被定罪时，应予免职。

## 第三条

**第一款** 合众国的司法权，属于最高法院和国会不时规定和设立的下级法院。最高法院和下级法院的法官如行为端正，得继续任职，并应在规定的时间得到服务报酬，此项报酬在他们继续任职期间不得减少。

**第二款** 司法权的适用范围包括：由于本宪法、合众国法律和根据合众国权力已缔结或将缔结的条约而产生的一切普通法的和衡平法的案件；涉及大使、公使和领事的一切案件；关于海事法和海事管辖权的一切案件；合众国为一方当事人的诉讼；两个或两个以上州之间的诉讼；〔一州和他州公民之间的诉讼；〕[8] 不同州公民之间的诉讼；同州公民之间对不同州让与土地的所有权的诉讼；一州或其公民同外国或外国公民或国民之间的诉讼。

涉及大使、公使和领事以及一州为一方当事人的一切案件，最高法院具有第一审管辖权。对上述所有其他案件，不论法律方面还是事实方面，最高法院具有上诉审管辖权，但须依照国会所规定的例外和规章。

除弹劾案外，一切犯罪由陪审团审判；此种审判应在犯罪发生的州内举行；但如犯罪不发生在任何一州之内，审判应在国会以法律规定的一个或几个地点举行。

**第三款** 对合众国的叛国罪只限于同合众国作战，或依附其敌人，给予其敌人以帮助和鼓励。无论何人，除根据两个证人对同一明显行为的作证或本人在公开法庭上的供认，不得被定为叛国罪。

国会有权宣告对叛国罪的惩罚，但因叛国罪而剥夺公民权，

不得造成血统玷污，除非在被剥夺者在世期间，也不得没收其财产。

## 第四条

**第一款** 每个州对于他州的公共法律、案卷和司法程序，应给予充分信任和尊重。国会得以一般法律规定这类法律、案卷和司法程序如何证明和具有的效力。

**第二款** 每个州的公民享有各州公民的一切特权和豁免权。

在任何一州被控告犯有叛国罪、重罪或其他罪行的人，逃脱法网而在他州被寻获时，应根据他所逃出之州行政当局的要求将他交出，以便解送到对犯罪行为有管辖权的州。

〔根据一州法律须在该州服劳役或劳动的人，如逃往他州，不得因他州的法律或规章而免除此种劳役或劳动，而应根据有权得到此劳役或劳动之当事人的要求将他交出。〕[9]

**第三款** 新州得由国会接纳加入本联邦；但不得在任何其他州的管辖范围内组成或建立新州；未经有关州议会和国会的同意，也不得合并两个或两个以上的州或几个州的一部分组成新州。

国会对于属于合众国的领土或其他财产，有权处置和制定一切必要的条例和规章。对本宪法条文不得作有损于合众国或任何一州的任何权利的解释。

**第四款** 合众国保证本联邦各州实行共和政体，保护每州免遭入侵，并应州议会或州行政长官（在州议会不能召开时）的请求平定内乱。

## 第五条

国会在两院三分之二议员认为必要时，应提出本宪法的修正案，或根据各州三分之二州议会的请求，召开制宪会议提出修正案。不论哪种方式提出的修正案，经各州四分之三州议会或四分之三州制宪会议的批准，即实际成为本宪法的一部分而发生效力；采用哪种批准方式，得由国会提出建议。但〔在一千八百零八年以前制定的修正案，不得以任何形式影响本宪法第一条第九款第一项和第四项〕；[10]任何一州，不经其同意，不得被剥夺它在参议院的平等投票权。

## 第六条

本宪法采用前订立的一切债务和承担的一切义务，对于实行本宪法的合众国同邦联时期一样有效。

本宪法和依本宪法所制定的合众国法律，以及根据合众国的权力已缔结或将缔结的一切条约，都是全国的最高法律；每个州的法官都应受其约束，即使州的宪法和法律中有与之相抵触的内容。

上述参议员和众议员，各州州议会议员，以及合众国和各州所有行政和司法官员，应宣誓或作代誓宣言拥护本宪法；但决不得以宗教信仰作为担任合众国属下任何官职或公职的必要资格。

## 第七条

经九个州制宪会议的批准，即足以使本宪法在各批准州成

立。

本宪法于耶稣纪元一千七百八十七年，即美利坚合众国独立后第十二年的九月十七日，经出席各州在制宪会议上一致同意后制定。我们谨在此签名作证。

主席、费吉尼亚州代表乔治·华盛顿

〔代表签名从略〕

## 按照原宪法第五条、由国会提出并经各州批准、增添和修改美利坚合众国宪法的条款

## 第一条修正案

〔前十条修正案于1789年9月25日提出，1791年12月15日批准，被称为“权利法案”。〕

国会不得制定关于下列事项的法律：确立国教或禁止信教自由；剥夺言论自由或出版自由；或剥夺人民和平集会和向政府请愿伸冤的权利。

## 第二条修正案

管理良好的民兵是保障自由州的安全所必需的，因此人民持有和携带武器的权利不得侵犯。

## 第三条修正案

未经房主同意，士兵平时不得驻扎在任何住宅；除依法律规

定的方式，战时也不得驻扎。

## 第四条修正案

人民的人身、住宅、文件和财产不受无理搜查和扣押的权利，不得侵犯。除依据可能成立的理由，以宣誓或代誓宣言保证，并详细说明搜查地点和扣押的人或物，不得发出搜查和扣押状。

## 第五条修正案

无论何人，除非根据大陪审团的报告或起诉书，不受死罪或其他重罪的审判，但发生在陆、海军中或发生在战时或出现公共危险时服役的民兵中的案件除外。任何人不得因同一犯罪行为而两次遭受生命或身体的危害；不得在任何刑事案件中被迫自证其罪；不经正当法律程序，不得被剥夺生命、自由或财产。不给予公平赔偿，私有财产不得充作公用。

## 第六条修正案

在一切刑事诉讼中，被告有权由犯罪行为发生地的州和地区的公正陪审团予以迅速和公开的审判，该地区应事先已由法律确定；得知控告的性质和理由；同原告证人对质；以强制程序取得对其有利的证人；并取得律师帮助为其辩护。

## 第七条修正案

在习惯法的诉讼中，其争执价额超过二十美元，由陪审团审

判的权利应受到保护。由陪审团裁决的事实，合众国的任何法院除非按照习惯法规则，不得重新审查。

## 第八条修正案

不得要求过多的保释金，不得处以过重的罚金，不得施加残酷和非常的惩罚。

## 第九条修正案

本宪法对某些权利的列举，不得被解释为否定或轻视由人民保留的其他权利。

## 第十条修正案

宪法未授予合众国、也未禁止各州行使的权力，由各州各自保留，或由人民保留。

## 第十一条修正案

〔1794年3月4日提出，1795年2月7日批准〕

合众国的司法权，不得被解释为适用于由他州公民或任何外国公民或国民对合众国一州提出的或起诉的任何普通法或衡平法的诉讼。

# 第十二条修正案

〔1803年12月9日提出，1804年7月27日批准〕

选举人在各自州内集会，投票选举总统和副总统，其中至少有一人不是选举人本州的居民。选举人须在选票上写明被选为总统之人的姓名，并在另一选票上写明被选为副总统之人的姓名。选举人须将所有被选为总统之人和所有被选为副总统之人分别开列名单，写明每人所得票数；在该名单上签名作证，将封印后的名单送合众国政府所在地，交参议院议长收。参议院议长在参议院和众议院全体议员面前开拆所有证明书，然后计算票数。获得总统选票最多的人，如所得票数超过所选派选举人总数的半数，即为总统。如无人获得这种过半数票，众议院应立即从被选为总统之人名单中得票最多的但不超过三人中间，投票选举总统。但选举总统时，以州为单位计票，每州代表有一票表决权。三分之二的州各有一名或多名众议员出席，即构成选举总统的法定人数，选出总统需要所有州的过半数票。〔当选举总统的权力转移到众议院时，如该院在次年三月四日前尚未选出总统，则由副总统代理总统，如同总统死亡或宪法规定的其他丧失任职能力的情况一样。〕[1]得副总统选票最多的人，如所得票数超过所选派选举人总数的半数，即为副总统。如无人得过半数票，参议院应从名单上得票最多的两人中选举副总统。选举副总统的法定人数由参议员总数的三分之二构成，选出副总统需要参议员总数的过半数票。但依宪法无资格担任总统的人，也无资格担任合众国副总统。

## 第十三条修正案

〔1865年1月31日提出，1865年12月6日批准〕

**第一款**　在合众国境内受合众国管辖的任何地方，奴隶制和强制劳役都不得存在，但作为对于依法判罪的人的犯罪的惩罚除外。

**第二款**　国会有权以适当立法实施本条。

## 第十四条修正案

〔1866年6月13日提出，1868年7月9日批准〕

**第一款**　所有在合众国出生或归化合众国并受其管辖的人，都是合众国的和他们居住州的公民。任何一州，都不得制定或实施限制合众国公民的特权或豁免权的任何法律；不经正当法律程序，不得剥夺任何人的生命、自由或财产；在州管辖范围内，也不得拒绝给予任何人以平等法律保护。

**第二款**　众议员名额，应按各州人口比例进行分配，此人口数包括一州的全部人口数，但不包括未被征税的印第安人。但在选举合众国总统和副总统选举人、国会众议员、州行政和司法官员或州议会议员的任何选举中，一州的〔年满二十一岁〕[12]并且是合众国公民的任何男性居民，除因参加叛乱或其他犯罪外，如其选举权遭到拒绝或受到任何方式的限制，则该州代表权的基础，应按以上男性公民的人数同该州年满二十一岁男性公民总人数的比例予以削减。

**第三款**　无论何人，凡先前曾以国会议员、或合众国官员、或任何州议会议员、或任何州行政或司法官员的身份宣誓维护合众国宪法，以后又对合众国作乱或反叛，或给予合众国敌人帮助

或鼓励，都不得担任国会参议员或众议员、或总统和副总统选举人，或担任合众国或任何州属下的任何文职或军职官员。但国会得以两院各三分之二的票数取消此种限制。

**第四款** 对于法律批准的合众国公共债务，包括因支付平定作乱或反叛有功人员的年金和奖金而产生的债务，其效力不得有所怀疑。但无论合众国或任何一州，都不得承担或偿付因援助对合众国的作乱或反叛而产生的任何债务或义务，或因丧失或解放任何奴隶而提出的任何赔偿要求；所有这类债务、义务和要求，都应被认为是非法和无效的。

**第五款** 国会有权以适当立法实施本条规定。

## 第十五条修正案

〔1869年2月26日提出，1870年2月3日批准〕

**第一款** 合众国公民的选举权，不得因种族、肤色或以前是奴隶而被合众国或任何一州加以拒绝或限制。

**第二款** 国会有权以适当立法实施本条。

## 第十六条修正案

〔1909年7月12日提出，1913年2月3日批准〕

国会有权对任何来源的收入规定和征收所得税，无须在各州按比例进行分配，也无须考虑任何人口普查或人口统计。

## 第十七条修正案

〔1912年5月13日提出，1913年4月8日批准〕

合众国参议院由每州人民选举的两名参议员组成，任期六

年；每名参议员有一票表决权。每个州的选举人应具备该州州议会人数最多一院选举人所必需的资格。

任何一州在参议院的代表出现缺额时，该州行政当局应发布选举令，以填补此项缺额。但任何一州的议会，在人民依该议会指示举行选举填补缺额以前，得授权本州行政长官任命临时参议员。

本条修正案不得作如此解释，以致影响在本条修正案作为宪法的一部分生效以前当选的任何参议员的选举或任期。

## 第十八条修正案

〔1917年12月18日提出，1919年1月16日批准〕

〔**第一款** 本条批准一年后，禁止在合众国及其管辖下的一切领土内酿造、出售和运送作为饮料的致醉酒类；禁止此类酒类输入或输出合众国及其管辖下的一切领土。

**第二款** 国会和各州都有权以适当立法实施本条。

**第三款** 本条除非在国会将其提交各州之日起七年以内，由各州议会按本宪法规定批准为宪法修正案，不得发生效力。〕[13]

## 第十九条修正案

〔1919年6月4日提出，1920年8月18日批准〕

合众国公民的选举权，不得因性别而被合众国或任何一州加以拒绝或限制。

国会有权以适当立法实施本条。

## 第二十条修正案

〔1932年3月2日提出，1933年1月23日批准〕

**第一款**　总统和副总统的任期应在本条未获批准前原定任期届满之年的一月二十日正午结束，参议员和众议员的任期在本条未获批准前原定任期届满之年的一月三日正午结束，他们继任人的任期在同时开始。

**第二款**　国会每年至少应开会一次，除国会以法律另订日期外，此会议在一月三日正午开始。

**第三款**　如当选总统在规定总统任期开始的时间已经死亡，当选副总统应成为总统。如在规定总统任期开始的时间以前，总统尚未选出，或当选总统不合乎资格，则当选副总统应代理总统直到一名总统已合乎资格时为止。在当选总统和当选副总统都不合乎资格时，国会得以法律规定代理总统之人，或宣布选出代理总统的办法。此人应代理总统直到一名总统或副总统合乎资格时为止。

**第四款**　国会得以法律对以下情况作出规定：在选举总统的权利转移到众议院时，而可被该院选为总统的人中有人死亡；在选举副总统的权利转移到参议院时，而可被该院选为副总统的人中有人死亡。

**第五款**　第一款和第二款应在本条批准以后的十月十五日生效。

**第六款**　本条除非在其提交各州之日起七年以内，由四分之三州议会批准为宪法修正案，不得发生效力。

## 第二十一条修正案

〔1933年2月20日提出，1933年12月5日批准〕

**第一款**　美利坚合众国宪法修正案第十八条现予废除。

**第二款**　在合众国任何州、领地或属地内，凡违反当地法律为在当地发货或使用而运送或输入致醉酒类，均予以禁止。

**第三款**　本条除非在国会将其提交各州之日起七年以内，由各州制宪会议依本宪法规定批准为宪法修正案，不得发生效力。

## 第二十二条修正案

〔1947年3月24日提出，1951年2月27日批准〕

**第一款**　无论何人，当选担任总统职务不得超过两次；无论何人，在他人当选总统任期内担任总统职务或代理总统两年以上，不得当选担任总统职务一次以上。但本条不适用于在国会提出本条时正在担任总统职务的任何人；也不妨碍本条在一届总统任期内生效时正在担任总统职务或代理总统的任何人，在此届任期结束前继续担任总统职务或代理总统。

**第二款**　本条除非在国会将其提交各州之日起七年以内，由四分之三州议会批准为宪法修正案，不得发生效力。

## 第二十三条修正案

〔1960年6月16日提出，1961年3月29日批准〕

**第一款**　合众国政府所在的特区，应依国会规定方式选派：

一定数目的总统和副总统选举人，其人数如同特区是一个州一样，等于它在国会有权拥有的参议员和众议员人数的总和，但

决不得超过人口最少之州的选举人人数。他们是在各州所选派的选举人以外增添的人，但为了选举总统和副总统的目的，应被视为一个州选派的选举人；他们在特区集会，履行第十二条修正案所规定的职责。

**第二款**　国会有权以适当立法实施本条。

## 第二十四条修正案

〔1962 年 8 月 27 日提出，1964 年 1 月 23 日批准〕

**第一款**　合众国公民在总统或副总统、总统或副总统选举人、或国会参议员或众议员的任何预选或其他选举中的选举权，不得因未交纳任何人头税或其他税而被合众国或任何一州加以拒绝或限制。

**第二款**　国会有权以适当立法实施本条。

## 第二十五条修正案

〔1965 年 7 月 6 日提出，1967 年 2 月 10 日批准〕

**第一款**　如遇总统被免职、死亡或辞职，副总统应成为总统。

**第二款**　凡当副总统职位出缺时，总统应提名一名副总统，经国会两院都以过半数票批准后就职。

**第三款**　凡当总统向参议院临时议长和众议院议长提交书面声明，声称他不能够履行其职务的权力和责任，直至他向他们提交一份相反的声明为止，其权力和责任应由副总统作为代理总统履行。

**第四款**　凡当副总统和行政各部长官的多数或国会以法律设立的其他机构成员的多数，向参议院临时议长和众议院议长提交

书面声明，声称总统不能够履行总统职务的权力和责任时，副总统应立即作为代理总统承担总统职务的权力和责任。

此后，当总统向参议院临时议长和众议院议长提交书面声明，声称丧失能力的情况不存在时，他应恢复总统职务的权力和责任，除非副总统和行政各部长官的多数或国会以法律设立的其他机构成员的多数在四天之内向参议院临时议长和众议院议长提交书面声明，声称总统不能够履行总统职务的权力和责任。在此种情况下，国会应决定这一问题，如在休会期间，应为此目的在四十八小时以内集会。如国会在收到后一书面声明后的二十一天以内，或如适逢休会期间，则在国会按照要求集会以后的二十一天以内，以两院的三分之二的票数决定总统不能够履行总统职务的权力和责任，副总统应继续作为代理总统履行总统职务的权力和责任；否则总统应恢复总统职务的权力和责任。

## 第二十六条修正案

〔1971年3月23日提出，1971年7月1日批准〕

**第一款** 年满十八岁和十八岁以上的合众国公民的选举权，不得因为年龄而被合众国或任何一州加以拒绝或限制。

**第二款** 国会有权以适当立法实施本条。

## 第二十七条修正案

〔1789年9月25日提出，1992年5月7日批准〕

改变参议员和众议员服务报酬的法律，在众议员选举举行之前不得生效。

（李道揆译，张　毅、金灿荣校正）

说明：《美利坚合众国宪法》的这个中文译本，系按照《美

国百科全书》1975年国际版第7卷所刊载的英文本译出。但英文版中在出席制宪会议代表签名之后，尚有关于将宪法提交各州批准及宪法批准后选举总统和国会议员等事项的决议，由于并非宪法的条款，且美国出版的政治书籍附录美国宪法时都删去这一决议，因此这个中文译本也将这个决议删去。此处刊印的宪法和修正案保持原来的内容，后经修改或取代的条款，都用方括弧（〔　〕）标出，并在注释中注明。第1到第26条修正案的提出和批准日期，均依美国新闻署为纪念美国宪法诞生200周年出版的《美利坚合众国宪法》所注明的日期，写在每条之下，亦用方括弧标出。中文译本曾收录在人民大学法律系编的《中外宪法选编》（北京：人民出版社，1982年版），译者李道揆，校正者沈宗灵。1987年适逢美国宪法诞生200周年，译者对上述译本作了修改，由张毅校正，刊登于《美国研究参考资料》1988年第4期。本书附录用的就是这个修过的译本，但有几处又作了修改。第二十七条修正案由李道揆译出，金灿荣校正。

李道揆

1998年9月

注　释

① 已由第十四条第二款和第十六条修正案修正。

② 已由第十七条修正案修正。

③ 已由第十七条修正案修正。

④ 已由第二十条修正案第二款修正。

⑤ 已由第十六条修正案修正。

⑥ 已由第十二条修正案代替。

⑦ 已由第二十五条修正案修正。

⑧ 已由第十一条修正案修正。

⑨ 已由第十三条修正案代替。

⑩　已经过时。

⑪　已由第二十条修正案第三款代替。

⑫　已由第二十六条修正案修正。

⑬　已由第二十一条修正案废除。

## 附录三：

# 美国联邦最高法院大法官任命、继承和任期表

| 姓名 | 被任命时的居住地 | 任命的总统 | 前任 | 在任期限 |
|---|---|---|---|---|
| 首席大法官 | | | | |
| John Jay | New York | George Washington | (新位置) | 1789 – 1795 |
| John Rutledge1[①] | South Carolina | George Washington | John Jay | 1795 |
| Oliver Ellsworth | Connecticut | George Washington | John Rutledge | 1796 – 1800 |
| John Marshall | Virginia | John Adams | Oliver Ellsworth | 1801 – 1835 |
| Roger Taney | Maryland | Andrew Jackson | John Marshall | 1836 – 1864 |
| Salmon P. Chase | Ohio | Abraham Lincoln | Roger Taney | 1864 – 1873 |
| Morrison Waite | Ohio | Ulysses Grant | Salmon P. Chase | 1874 – 1888 |
| Melville Fuller | Illinois | Grover Cleveland | Morrison Waite | 1888 – 1910 |
| Edward Douglass White | Louisiana | William Taft | Melville Fuller | 1910 – 1921 |
| William Taft | Connecticut | Warren Harding | Edward Douglass White | 1921 – 1930 |
| Charles Evans Hughes | New York | Herbert Hoover | William Taft | 1930 – 1941 |
| Harlan Fiske Stone | New York | Franklin Roosevelt | Charles Evan Hughes | 1941 – 1946 |
| Fred Vinson | Kentucky | Harry Truman | Harlan Stone | 1946 – 1953 |
| Earl Warren | California | Dwight Eisenhower | Fred Vinson | 1953 – 1969 |
| Warren Burger | Virginia | Richard Nixon | Earl Warren | 1969 – 1986 |
| William Rehnquist | Virginia | Ronald Reagan | Warren Burger | 1986 – |
| 大法官 | | | | |
| William Cushing | Massachusetts | George Washington | (新位置) | 1790 – 1810 |

续表

| 姓名 | 被任命时的居住地 | 任命的总统 | 前任 | 在任期限 |
|---|---|---|---|---|
| John Rutledge | South Carolina | George Washington | (新位置) | 1790 – 1791 |
| James Wilson | Pennsylvania | George Washington | (新位置) | 1789 – 1798 |
| John Blair, Jr. | Virginia | George Washington | (新位置) | 1790 – 1795 |
| James Iredell | North Carolina | George Washington | (新位置) | 1790 – 1799 |
| Thomas Johnson | Maryland | George Washington | John Rutledge | 1792 – 1793 |
| William Paterson | New Jersey | George Washington | Thomas Johnson | 1793 – 1806 |
| Samuel Chase | Maryland | George Washington | John Blair, Jr. | 1796 – 1811 |
| Bushrod Washington | Virginia | John Adams | James Wilson | 1799 – 1829 |
| Alfred Moore | North Carolina | John Adams | James Iredell | 1800 – 1804 |
| William Johnson | South Carolina | Thomas Jefferson | Alfred Moore | 1804 – 1834 |
| Henry Brockholst Livingston | New York | Thomas Jefferson | William Paterson | 1807 – 1823 |
| Thomas Todd | Kentucky | Thomas Jefferson | (新位置) | 1807 – 1826 |
| Gabriel Duvall | Maryland | James Madison | Samuel Chase | 1811 – 1835 |
| Joseph Story | Massachusetts | James Madison | William Cushing | 1812 – 1845 |
| Smith Thompson | New York | James Monroe | Henry Brockholst Livingston | 1823 – 1843 |
| Robert Trimble | Kentucky | John Quincy Adams | Thomas Todd | 1826 – 1828 |
| John McLean | Ohio | Andrew Jackson | Robert Trimble | 1830 – 1861 |
| Henry Baldwin | Pennsylvania | Andrew Jackson | Bushrod Washington | 1830 – 1844 |
| James Wayne | Georgia | Andrew Jackson | William Johnson | 1835 – 1867 |
| Philip Barbour | Virginia | Andrew Jackson | Gabriel Duvall | 1836 – 1841 |
| John Catron | Tennessee | Martin Van Buren | (新位置) | 1837 – 1865 |
| John McKinley | Alabama | Martin Van Buren | (新位置) | 1838 – 1852 |
| Peter Daniel | Virginia | Martin Van Buren | Philip Barbour | 1842 – 1860 |
| Samuel Nelson | New York | John Tyler | Smith Thompson | 1845 – 1872 |

续表

| 姓名 | 被任命时的居住地 | 任命的总统 | 前任 | 在任期限 |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Levi Woodbury | New Hampshire | James Polk | Joseph Story | 1845 – 1851 |
| Robert Grier | Pennsylvania | James Polk | Henry Baldwin | 1846 – 1870 |
| Benjamin Curtis | Massachusetts | Millard Fillmore | Levi Woodbury | 1851 – 1857 |
| John Campbell | labama | Franklin Pierce | John McKinley | 1853 – 1861 |
| Nathan Clifford | Maine | James Buchanan | Benjamin Curtis | 1858 – 1881 |
| Noah Swayne | Ohio | Abraham Lincoln | John McLean | 1862 – 1881 |
| Samuel Miller • | Iowa | Abraham Lincoln | Peter Daniel | 1862 – 1890 |
| David Davis | Illinois | Abraham Lincoln | John Campbell | 1862 – 1877 |
| Stephen Field | California | Abraham Lincoln | （新位置） | 1863 – 1897 |
| William Strong | Pennsylvania | Ulysses Grant | Robert Grier | 1870 – 1880 |
| Joseph Bradley | New Jersey | Ulysses Grant | （新位置） | 1870 – 1892 |
| Ward Hunt | New York | Ulysses Grant | Samuel Nelson | 1873 – 1882 |
| John Marshall Harlan | Kentucky | Rutherford Hayes | David Davis | 1877 – 1911 |
| William Woods | Georgia | Rutherford Hayes | William Strong | 1881 – 1887 |
| Stanley Matthews | Ohio | James Garfield | Noah Swayne | 1881 – 1889 |
| Horace Gray | Massachusetts | Chester Arthur | Nathan Clifford | 1882 – 1902 |
| Samuel Blatchford | New York | Chester Arthur | Ward Hunt | 1882 – 1893 |
| Lucius Lamar | Mississippi | Grover Cleveland | William Woods | 1888 – 1893 |
| David Brewer | Kansas | Benjamin Harrison | Stanley Matthews | 1890 – 1910 |
| Henry Brown | Michigan | Benjamin Harrison | Samuel Miller | 1891 – 1906 |
| George Shiras, Jr. | Pennsylvania | Benjamin Harrison | Joseph Bradley | 1892 – 1903 |
| Howell Jackson | Tennessee | Benjamin Harrison | Lucius Lamar | 1893 – 1895 |
| Edward Douglass White | Louisiana | Grover Cleveland | Samuel Blatchford | 1894 – 1910② |
| Rufus Peckham | New York | Grover Cleveland | Howell Jackson | 1896 – 1909 |

续表

| 姓名 | 被任命时的居住地 | 任命的总统 | 前任 | 在任期限 |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Joseph McKenna | California | William McKinley | Stephen Field | 1898－1925 |
| Oliver Wendell Holmes, Jr. | Massachusetts | Theodore Roosevelt | Horace Gray | 1902－1932 |
| William Day | Ohio | Theodore Roosevelt | George Shiras, Jr. | 1903－1922 |
| William Moody | Massachusetts | Theodore Roosevelt | Henry Brown | 1906－1910 |
| Horace Lurton | Tennessee | William Taft | Rufus Peckham | 1910－1914 |
| Charles Evans Hughes | New York | William Taft | David Brewer | 1910－1916 |
| Willis Van Devanter | Wyoming | William Taft | Edward Douglass White | 1911－1937 |
| Joseph Lamar | Georgia | William Taft | William Moody | 1911－1916 |
| Mahlon Pitney | New Jersey | William Taft | John Marshall Harlan | 1912－1922 |
| James McReynolds | Tennessee | Woodrow Wilson | Horace Lurton | 1914－1941 |
| Louis Brandeis | Massachusetts | Woodrow Wilson | Joseph Lamar | 1916－1939 |
| John Clarke | Ohio | Woodrow Wilson | Charles Evans Hughes | 1916－1922 |
| George Sutherland | Utah | Warren Harding | John Clarke | 1922－1938 |
| Pierce Butler | Minnesota | Warren Harding | William Day | 1923－1939 |
| Edward Sanford | Tennessee | Warren Harding | Mahlon Pitney | 1923－1930 |
| Harlan Fiske Stone | New York | Calvin Coolidge | Joseph McKenna | 1925－1941[②] |
| Owen Roberts | Pennsylvania | Herbert Hoover | Edward Sanford | 1930－1945 |
| Benjamin Cardozo | New York | Herbert Hoover | Oliver Wendell Holmes, Jr. | 1932－1938 |
| Hugo Black | Alabama | Franklin Roosevelt | Willis Van Devanter | 1937－1971 |
| Stanley Reed | Kentucky | Franklin Roosevelt | George Sutherland | 1938－1957 |
| Felix Frankfurter | Massachusetts | Franklin Roosevelt | Benjamin Cardozo | 1939－1962 |

续表

| 姓名 | 被任命时的居住地 | 任命的总统 | 前任 | 在任期限 |
|---|---|---|---|---|
| William Douglas | Connecticut | Franklin Roosevelt | Louis Brandeis | 1939 – 1975 |
| Frank Murphy | Michigan | Franklin Roosevelt | Pierce Butler | 1940 – 1949 |
| James F. Byrnes | South Carolina | Franklin Roosevelt | James McReynolds | 1941 – 1942 |
| Robert Jackson | New York | Franklin Roosevelt | Harlan Fiske Stone | 1941 – 1954 |
| Wiley Rutledge | Iowa | Franklin Roosevelt | James F. Byrnes | 1943 – 1949 |
| Harold Burton | Ohio | Harry Truman | Owen Roberts | 1945 – 1958 |
| Tom Clark | Texas | Harry Truman | Frank Murphy | 1949 – 1967 |
| Sherman Minton | Indiana | Harry Truman | Wiley Rutledge | 1949 – 1956 |
| John Marshall Harlan | New York | Dwight Eisenhower | Robert Jackson | 1955 – 1971 |
| William J. Brennan, Jr. | New Jersey | Dwight Eisenhower | Sherman Minton | 1956 – 1990 |
| Charles Whittaker | Missouri | Dwight Eisenhower | Stanley Reed | 1957 – 1962 |
| Potter Stewart | Ohio | Dwight Eisenhower | Harold Burton | 1958 – 1981 |
| Byron White | Colorado | John Kennedy | Charles Whittaker | 1962 – 1993 |
| Arthur Goldberg | Illinois | John Kennedy | Felix Frankfurter | 1962 – 1965 |
| Abe Fortas | Tennessee | Lyndon Johnson | Arthur Goldberg | 1965 – 1969 |
| Thurgood Marshall | New York | Lyndon Johnson | Tom Clark | 1967 – 1991 |
| Harry Blackmun | Minnesota | Richard Nixon | Abe Fortas | 1970 – 1994 |
| Lewis F. Powell, Jr. | Virginia | Richard Nixon | Hugo Black | 1972 – 1987 |
| William Rehnquist | Arizona | Richard Nixon | John Marshall Harlan | 1972 – 1986[2] |
| John Paul Stevens | Illinois | Gerald Ford | William Douglas | 1975 – |
| Sandra Day O'Connor | Arizona | Ronald Reagan | Potter Stewart | 1981 – |
| Antonin Scalia | Virginia | Ronald Reagan | William Rehnquist | 1986 – |
| Anthony Kennedy | California | Ronald Reagan | Lewis F. Powell, Jr. | 1988 – |

续表

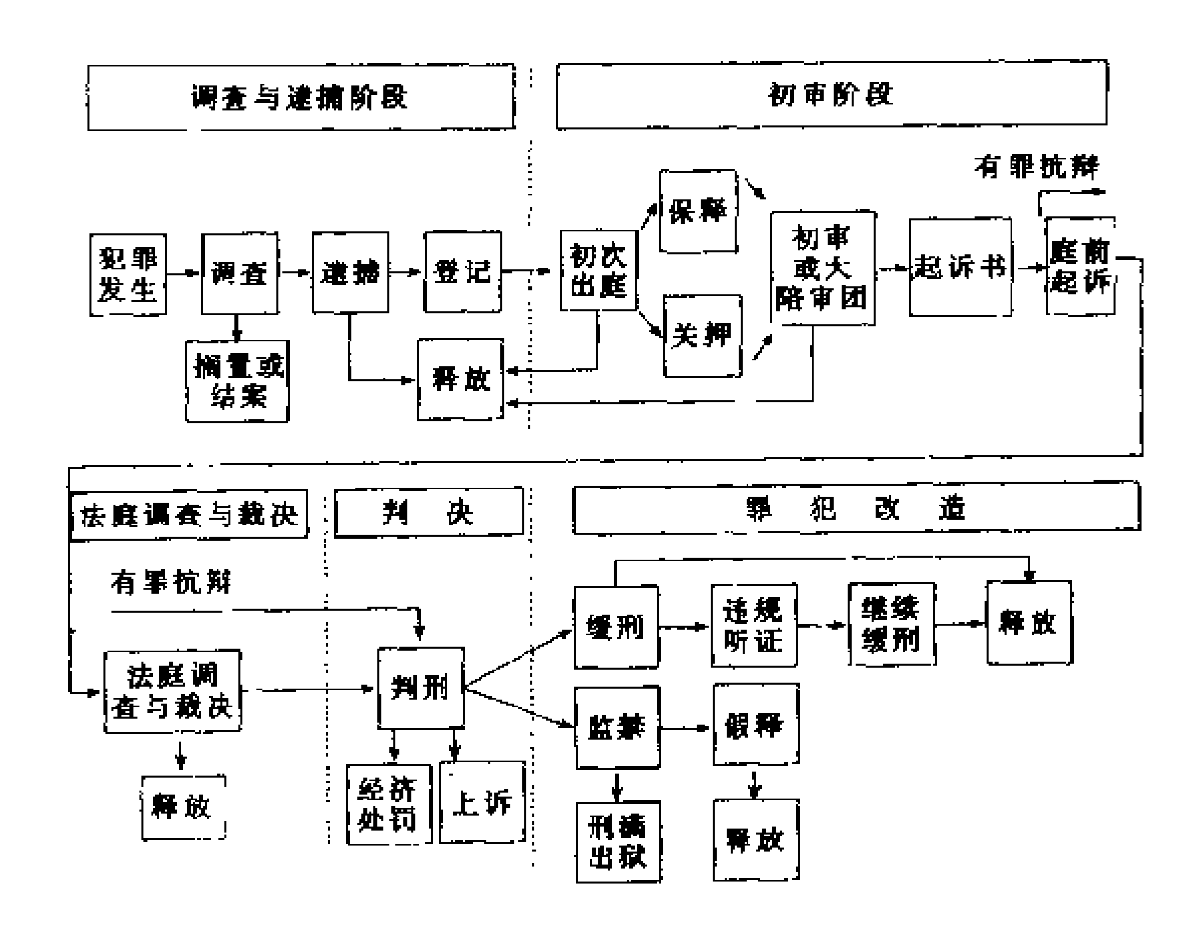
| 姓名 | 被任命时的居住地 | 任命的总统 | 前任 | 在任期限 |
|---|---|---|---|---|
| David Souter | New Hampshire | George Bush | William J. Brennan, Jr. | 1990 – |
| Clarence Thomas | Georgia | George Bush | Thurgood Marshall | 1991 – |
| Ruth Bader Ginsburg | New York | Bill Clinton | Byron White | 1993 – |
| Stephen Breyer | Massachusetts | Bill Clinton | Harry Blackmun | 1994 – |

① 参议院没有批准总统的提名。

② 提升为首席大法官。

## 附录四：

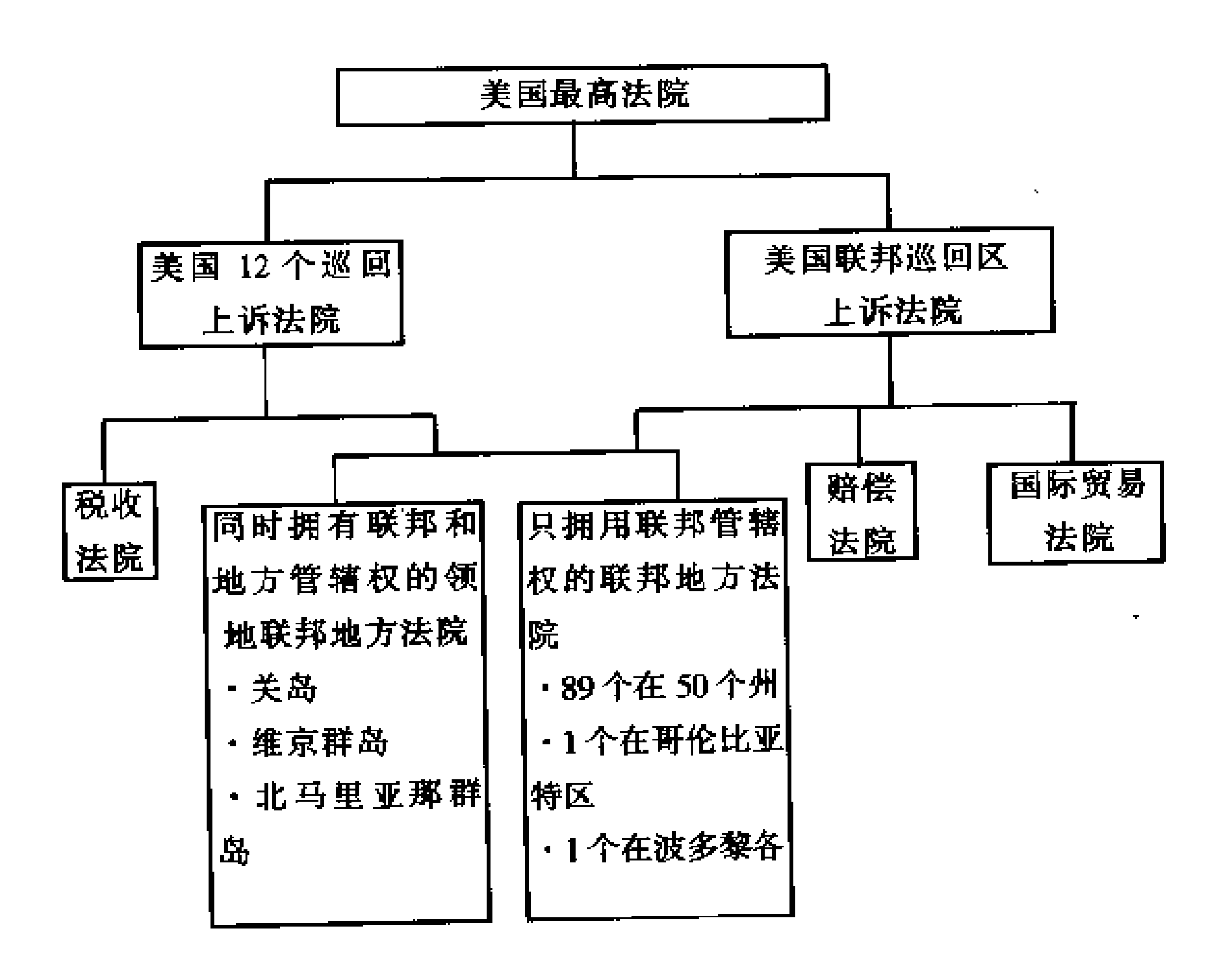
# 刑事司法程序流程图①




① 选自刘卫政、司徒颖怡：《疏漏的天网：美国刑事司法制度》，中国社会科学出版社，2000，第74页。

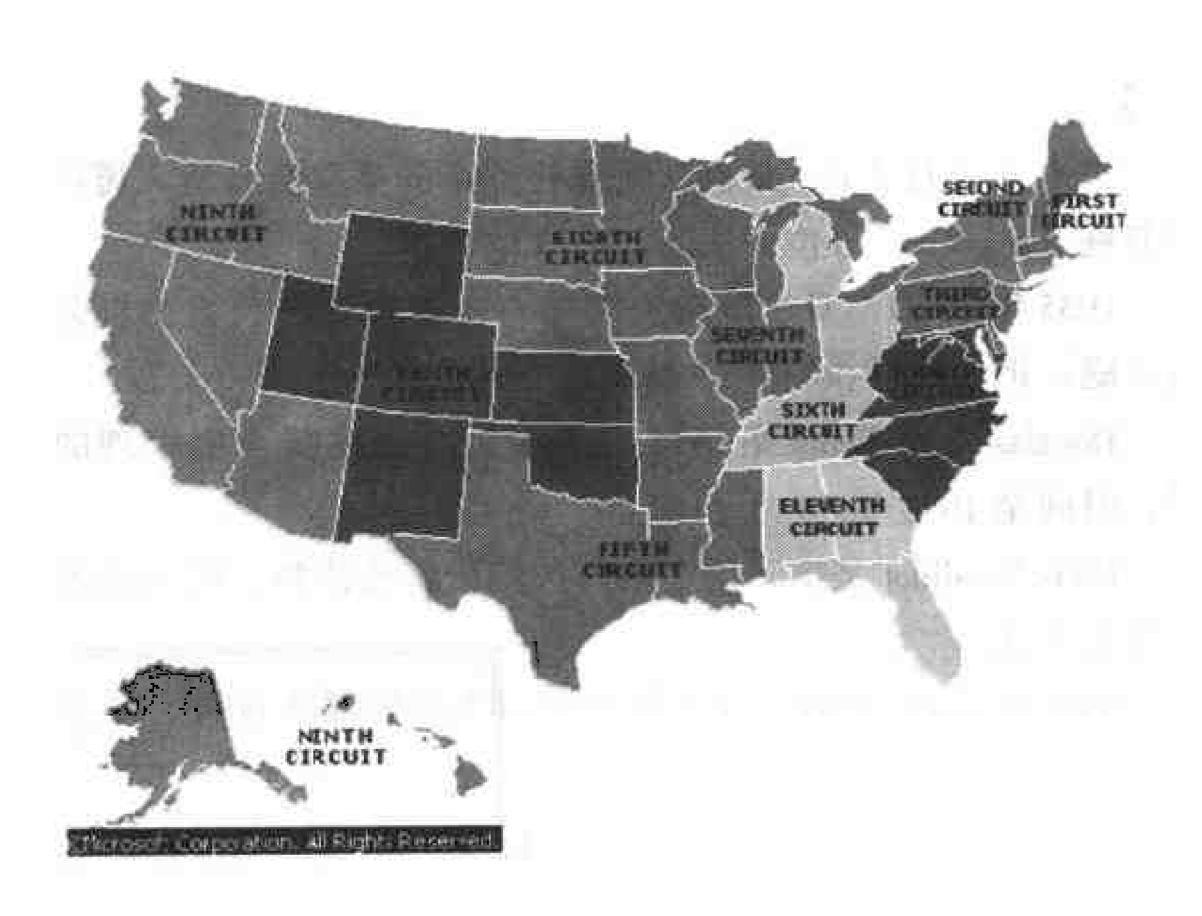
**附录五：**

## 美国联邦法院系统



# 附录六:

## 美国联邦上诉法院巡回区




说明:

第一巡回区还包括波多黎各

第三巡回区包括美属维京群岛

第九巡回区包括关岛和北马里亚那群岛（the Northern Mariana Islands）

## 附录七:

# 美国联邦最高法院之最、花絮和传统

## 最高法院之最和花絮

1790年2月2日，最高法院在纽约市的皇家交易所大厦第一次开庭（session)，6位大法官只有3位到场。

1935年10月7日，最高法院第一次在它自己独立的办公大厦开庭，但这次并没有审理案件。

Douglas v. Willcuts 案是第一个在最高法院新大厦审理的案子，时间是1935年10月14日。

Elias Boudinot 是第一位在最高法院出庭的律师，时间是1790年2月5日。

John S. Rock 是第一位在最高法院出庭的黑人律师，时间是1865年2月5日。

来自哥伦比亚特区的 Belva Ann Lockwood 是第一位在最高法院出庭的女性律师，时间是1879年3月1日。

Michael A. Chatoff 是第一位参加最高法院庭辩的聋哑律师。1982年3月23日他为 Board of Education v. Rowley 案出庭辩论。

第一位女性大法官助理是 Lucile Loman，从1944年10月22日到1945年9月30日任大法官 Douglas 的助理。

第一位黑人大法官助理是 William T. Coleman，1948年9月1日到1949年8月31日任大法官 Frankfurter 的助理。

最高法院第一位女性官员是 Helen Newman，她是最高法院图书馆的第一位女馆长。

最高法院的第一位女法警是 Eileen F. Cincotta，1985年8月18日起任职。

罗纳德·里根和乔治·布什是访问最高法院的第一位当选总统和副总统，时间是1980年11月11日。

O' Connor是第一位在总统就职仪式上领读誓词的女性大法官，1989年1月20日她为当选副总统丹·奎尔领读誓词。

最年轻的大法官是Joseph Story，1812年2月3日被任命大法官时年仅32岁。

最年长的大法官是Oliver W. Holmes，1932年他退休时已90岁高龄。

最长寿的大法官是Stanley F. Reed，他活到95岁。1957年2月25日他退休时是72岁。

在国外出生的大法官有：James Wilson（1742年生于苏格兰），James Iredell（1751年生于英格兰），David Brewer（1837年生于小亚西亚），George Sutherland（1862年生于英格兰）和Flex Frankfurter（1882年生于奥地利）。

最高法院一共有过16位首席大法官。

乔治·华盛顿任命的大法官人数最多，有11位，其次是富兰克林·罗斯福，任命了9位。

杰米·卡特是惟一一位在完整的4年总统任期内没有任命过任何一位大法官的总统。历史上，只有4位总统没有任命过大法官，他们分别是威廉·哈里森、扎卡里·泰勒、安德鲁·约翰逊和卡特。

坦尼首席大法官为7位总统主持了总统宣誓仪式，但马歇尔首席大法官为5位总统主持了9次总统宣誓仪式。

先后六位大法官存在着血缘纽带关系：

John Marshall Harlan（1877 – 1911任职）和他的同名孙子John Marshall Harlan（1955 – 1971任职）

Stephen J. Field（1863 – 1897任职）和他的外甥David J. Brewer（1890 – 1910任职）

Lucius Q. C. Lamar（1883 – 1897任职）和他的远亲Joseph R.

Lamar（1911 – 1916 任职）

有5位首席大法官是从大法官中提拔的，他们是 John Rutledge，Edward D. White，Charles E. Hughes，Harlan E. Stone，William H. Renquist。其余首席大法官都是单独任命的。

Harlan E. Stone 是惟一的一位坐过法官席所有位置的大法官，因为他在就任首席大法官前，从资历最浅的大法官一步一步地当到最资深的大法官。（美国大法官在法官席上的位置按照资历的原则来排列座位）。

任期最长的大法官是 William O. Douglas，他一干就是36年零7个月。

任期最短的大法官 John Rutledge，他只作了1年大法官和4个月的首席大法官。

William H. Taft 是惟一一位当过总统的大法官。

来自纽约州的大法官最多，有13位；其次是俄亥俄，有9位。

Samuel Chase 是惟一一位遭到弹劾的大法官。不过，他没有被定罪。

Samuel Chase 是惟一一位其头像印在美元上的大法官（他在任大法官前是财政部长）。该美元币值为1万美元，早已停止印刷。

大法官中，仅有 Byron White，John Paul Stevens 和 William H. Rehnquist 三位在法学院毕业后作过大法官助理。White 1946 – 1947 年为 Fred M. Vinson 大法官工作；Stevens 1947 – 1948 年为 Wiley B. Rutledge 大法官工作；Rehnquist 1952 – 1953 年为 Robert Jackson 大法官工作。

## 最高法院的传统

至少是从 1800 年以来，大法官在开庭时均着黑色法官袍。但在由 John Jay 任首席大法官的最高法院初期，法官袍的正面为红色，类似英国的法官袍。

资历原则一直是最高法院制度性惯例的重要部分。资历取决于在最高法院的服务期限，只有首席大法官是个例外，他总是被认为最资深的大法官。

资历原则决定大法官在法庭的席位座次。首席大法官坐在正中，右手边坐着最资深的大法官，左手边坐着第二资深的大法官，如此按资历原则右左分坐。因此，首席大法官最左边的位置永远属于资历最浅的新任大法官。

资历原则同样决定大法官们在会议室的席位。首席大法官坐在会议桌的一端，最资深的大法官则坐在另一端。最靠门的位置属于资历最浅的大法官，因为会议期间不允许外人在场，所以他还要承担看门人的角色。会议期间的讨论和投票的顺序均按资历原则进行。

1880 年代，在 Melville Fuller 首席大法官领导下，最高法院明确了相互握手的传统。每当大法官在会议室开会或出庭，每个大法官都要和其他八位大法官握手。Fuller 确定这一做法，是为了提醒大法官们，尽管他们的看法可能不一，但拥有一个共同的目标。

所有新任大法官都要在法庭里进行一次正式的授权仪式。新法官坐在法官席下一张曾经属于约翰·马歇尔的椅子上，聆听司法部长宣读的提名委任状。接着，首席大法官主持新法官的宣誓仪式，并把他引领到法官席上的位置。

在国务活动场合，如总统就职典礼，大法官们一起出席，身着

法官袍。以前，他们参加户外庆典时，还要戴上桶状的大礼帽。但从伍德罗·威尔逊总统就职典礼开始，他们改戴无边的黑礼帽。

大法官名字前的头衔几经变化。传统上，一般是称“某某大法官先生”(Mr. Justice)。1980年11月后，大法官们不再要这个前缀头衔，只是简单地用“某某大法官”。在口头上谈到某个大法官时，也是简单地称“某某大法官”，但称呼首席大法官仍用“首席大法官先生”。

传统上，在最高法院出庭的律师都要穿正式的三件套礼服(morning clothes)。现在，只有司法部和政府其他部门的出庭律师还按传统着装。大部分非政府的律师都穿平常的西服，不过，也有一小部分按传统着装。

鹅毛笔（quill pens）仍然是法庭中的一个重要部分，就像最高法院开始时的那样。在法院开庭期间，法院的工作人员每天都要在律师的桌子上放上20支10英寸长的鹅毛笔。

最高法院有一个源远流长的官印，和美国的国玺差不多，只是在鹰爪下有颗星。官印由最高法院的秘书保管，盖在正式文件上，如通知律师法庭新近采取的一些规定和做法。目前的官印是最高法院历史上第5个官印。

新大法官上任，原来的一位大法官将作东宴请他。参加这个晚宴的人仅限于现任和前任大法官及其配偶。

一个大法官退休时，其余的大法官会一起出资买下他在法官席上的椅子或会议室中的椅子，作为礼物送给他。退休的大法官仍然可以在最高法院大厦内保留一间办公室和若干工作人员，直到他去世为止。

每年，大法官们都要进行圣诞团拜活动（Christmas Party），招待最高法院的所有工作人员。而且，近年来又形成了一个新的传统：在法官助理到来或离开时，大法官们都为他们举行欢迎会或欢送会。

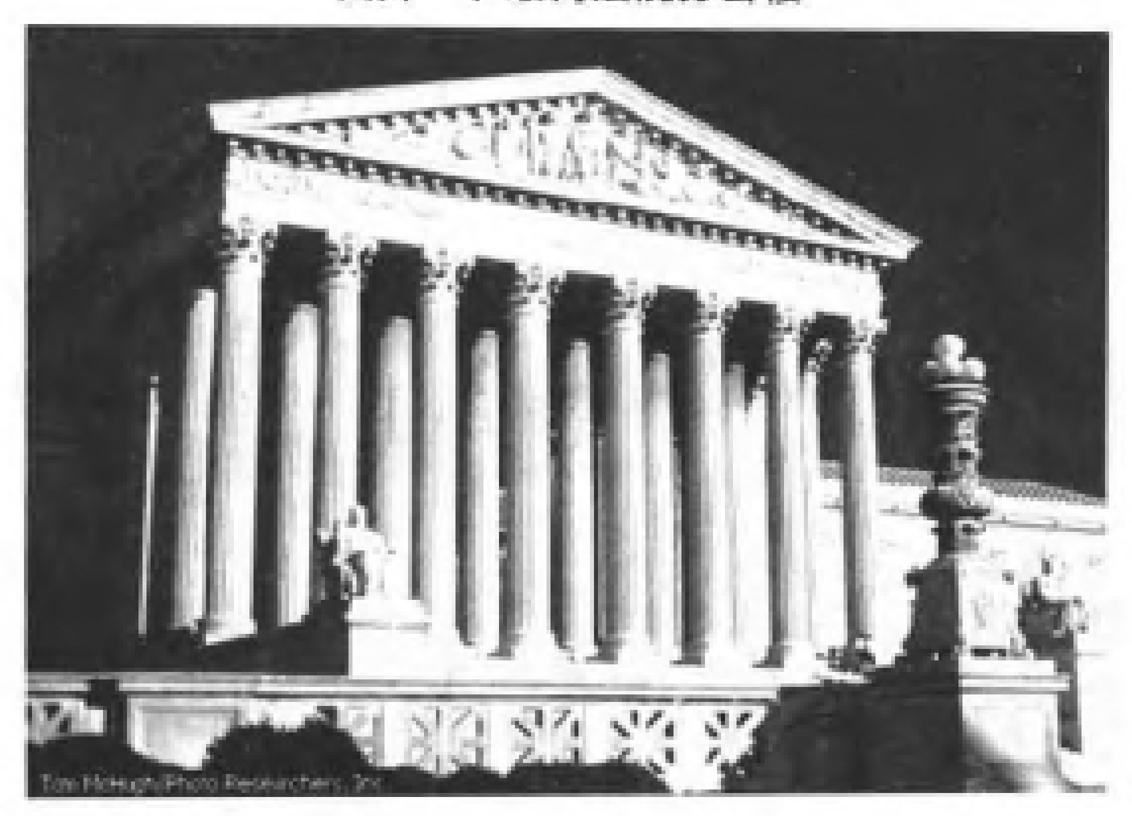
另一个新传统是法官助理的团聚会。在会上，某一大法官先前的一些助理在法院请这位大法官参加晚宴。

尽管宪法规定要举行总统宣誓仪式，但由最高法院首席大法官主持这个仪式只是一种传统而已。事实上，有7次的总统宣誓仪式是由首席大法官以外的政府官员主持的。

**附录八：**

# 全书案例分类目录

图片一、最高法院办公楼



图片二、最高法院大法官"全家福"



# 后记：一次愉快的精神之旅

编写完《美国宪政历程》，看着这些不知修改过多少遍的文稿，我如释重负，同时感到了莫大的欣慰。在过去的两年时间里，除了撰写了几篇学术评论和时事评论外，我以极大的兴趣和热情全身心地投入到本书的写作和编辑。对于我这样一个从未受过专门系统法律训练的人来说，这个领域既充满了诱惑，也有很大的风险。不过，想到当代美国最有影响的法学家兼法官（联邦第7上诉法院）波斯纳的一句名言：法学应当使外行人也感兴趣，自己多少有点安慰。因为，如果法学能够使外行人感兴趣的话，也就无法排除感兴趣的外行人来从事有关法律的业余研究工作。既然国内有那么多没有任何法律专业背景训练的职业法官和律师，而且，也没有法学教授来潜心写作美国宪政史的入门书，那么，由几位研究美国历史和国际关系的学者来写作美国的宪政历程，作为抛砖引玉之用，看来也不能说太出格。当然，最重要的还是，宪政史研究是一个跨学科的领域，并不是法律专家的“非我莫入”的禁区。

以美国为例，美国大学法学院三年制的法学博士（J.D.）教育，主要是一种法律职业训练，侧重于实用而非学术，其目的是培养合格的律师。而法学领域的学术研究，则是一种跨学科的交叉综合，比如，经济系在政府经济法规、产权制度、反托拉斯法、公司法等课题；政治系在美国宪法、司法制度、立法过程、政治法律思想等课题；社会学系在法律社会学、犯罪学、刑罚理论等课题；历史系在宪政历史、宪法史、法律思想史等课题，都

扮演非常重要的角色。此外，由于英美普通法传统和案例教学法的影响，美国大学的法律教育，不可避免地与法律史和政治法律思想史密切相关。

相比之下，中国虽然没有发达的法学教育，却有着庞大的法学学位获得者。我本人就是一个"法学"硕士。不过，这个中国社会科学院研究生院的一个法学硕士学位（1985年），和绝大多数中国法学学位一样，并没有真正的"含法量"，因为我的专业学科是国际政治和国际组织。而中国的学位分类中，包括党史和政治思想教育在内的所有政治学都属于法学范畴。从这个角度说，中国培养的"法学"学位获得者之多，大概连"诉讼王国"的美国都望尘莫及。

1988年，在师从杨生茂教授六年后，我从南开大学历史研究所获得了美国外交史方向的史学博士（博士论文后以《争吵不休的伙伴——美援与中美抗日同盟》为题由广西师范大学出版社出版）。随后南下金陵古城，在南京大学－霍普金斯大学中美文化研究中心开始了我职业学术生涯，一直为中心的美国学生讲授中美关系和国际冷战史，间或也给南京大学本科生和研究生讲授20世纪美国、中美关系史和美国外交史，为促进中美两大民族年轻一代的相互理解和相互尊重，贡献自己的绵薄之力。授课之余，利用中美中心丰富、精当和更新迅速的外文书刊，围绕着中美关系、中美外交史和国际关系理论，展开一些学术研究和写作。经过十几年的努力，虽然成就不大，但自认为还算扎扎实实，研究工作开始有了驾轻就熟之感，一些研究成果也被同行学者所接受，用一句比较土的话来说，至少"混了个脸儿熟"。但就在这个时候，我忽然对美国宪政史产生了浓厚的兴趣。

1999年夏初，南开大学社会科学处处长王正毅教授邀请我给"全球化和区域主义"国际讲习席班学员，作一个有关国际体制作用的主题发言。为此，我特地撰写《对国际体制和国际制度

的理解和翻译》一文（后发表在《国际问题研究》，2000年第4期）。在南开期间，我与正在南开历史所义务讲学的美国宾州印第安纳大学历史学教授王希博士邂逅相遇。承他不弃，送我一本他刚刚在北京大学出版社出版的《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》。

回到南京后，我很快就读完这本极为出色的著作，对美国宪政的丰富内涵有了较为全面和深入的认识。是年夏天，我在美国西雅图参加了"美国的世界作用以及对中国的影响"为题的中美年轻学者对话会，社科院美国研究所金灿荣博士也是与会代表。他是我的老朋友，当年我们同在美国所读研究生，我比他高两级，我学美国外交，他读美国政治。但后来，他师从北京大学袁明教授攻博，转向了美国外交的研究。会余时间，我们漫步在电影《西雅图不眠人》中出现过的海滨码头，一起交流读王希书的体会，得出了同样的看法，美国宪政史和法治史在国内是个亟待开拓的领域，而且，美国人的宪政观和法治观对其外交的内在目标和外在行为方式都产生了重要影响。从美国人早期追求航海自由权、到威尔逊对国际联盟的痴迷、到罗斯福的"四警察"观念（即二战后由美英中苏四大国像警察一样维持各自所在地区的国际安全和稳定）和联合国构想，再到当前美国克林顿政府对国际体制和国际制度不遗余力的倡导和推动，无一不与其国内宪政观念和法治经验密切相关。

显然，没有对美国宪政的一定理解，对美国外交政策的解释和美国国际关系理论的评析是很难深入下去的。这一考虑激活了我内心中对美国宪政法治的潜在兴趣。我过去对美国宪政一直有所注意。80年代初，读硕士研究生时，我给导师杨生茂教授写的第一篇读书报告就是《美国宪政史上的联邦法令废止权》（14年后，该文经大量修改后终于发表在《美国研究》2001年第2期）。1995年秋，根据自己在美国华盛顿的直接观感，为《读

书》写了《在美国焚烧国旗是否合法?》(最近，日本东京大学出版社来信，告之他们将把该文编入日本的中文教材)，随后，在研究美国对少数族裔和妇女等弱势社会群体照顾性的“肯定性行动”计划时，更是涉及到不少美国联邦最高法院的民权案子。

2000年新学年开始，我毅然放弃了在前述“国际体制和国际制度”一文基础后，写作介绍美国“多边体制论”(multilateralism，也译多边主义)的计划，开始了自己在美国宪政史的探索和冒险。遗憾的是，比较美国汗牛充栋的宪政文献，有价值的中文著述实在是少的可怜。除王希书外，余下的似乎只有南京大学法学院张千帆教授的《西方宪政体系：上册·美国宪法》。与王希书按历史进程，来讨论美国宪政的“史论”不同，该书按美国宪政的主要问题，对美国宪法原则进行了法理的分析。另外，台湾学者朱瑞祥写过一本《美国联邦最高法院判例史程》，以一系列案例，串起了美国最高法院的演变。

还有两本翻译著作引起了我的注意。它们是柯特勒的《美国八大冤假错案》和伊龙斯的《为权益而战》。它们以讲故事的形式，讲述了美国法治史上的冤假错案，和小人物为维护自己宪法权利进行的不屈不挠的斗争。这两本书，内容生动，评论犀利，非常精彩，在美国好评如云，的确反应出美国学者对本国宪政制度的批判精神和政府滥用司法权力的警觉态度。但是，当它们移植到中国的语境中，就会出现误读的可能性，因为美国的一般读者对自己生活的法治环境有相当多的切身体验，也比较容易理解美国法治的“阴暗面”只是其完备法治的一小部分；但对于没有在美国生活体验的一般中国读者，这一“阴暗面”可能会被不自觉地放大成为美国宪政和法治的全部，而且，由于作者是美国知名学者，作品又是有影响的著作，因而就增加了这种印象的权威性。中国的批判家就可以振振有辞地说：“有必要强调美国宪政和法治的长处吗？美国人自己都说自己的法治问题成堆！”

这里的确向我们提出一个严肃的问题？我们的学者在挑选译介西方著作时，在突出我们的个人偏好时，一定要照顾到全面；在赞赏另类时，更应该突出主流。在人文学术中，有时新不一定比旧好，有时新可能还不如旧。在其名著《国际政治》（Politics among Nations）中，国际政治学权威汉斯·摩根索（Hans J. Morgenthau）开篇就指出："在政治理论中，新鲜突兀未必是优点，源远流长也未必是缺点"。不幸的是，中国学界似乎已形成了某种传统，译介近现代西方学术时，较多地选择经典和主流，但译介当代作品时，似乎更多地注意标新立异的枝干，而非源远流长的传统。在我看来，不同社会间的交往和交流，应该跟人与人交往一样，尽量了解、借鉴、甚至是学习对方的长处，取长补短，共同发展。过多纠缠于历史的纠葛和偶然的冲突，陷于某种受害者、胜利者或救世主的心态而不能自拔，绝非是一个伟大民族自谦、自信和自强的表现。这绝非无的放矢，看看在过去的几年里，中美两国一些不负责任的媒体和学者，对相互嘲弄、彼此揭短、甚至是攻击谩骂的热衷，就可见一斑。

这一观察确定了我从事美国宪政史探讨的一个原则：作为这一研究领域的一个后来者，我要虚心地学习和阅读其他学者的著述；作为身处一个法制远非健全、人治常常代替法治社会中的观察家，我将努力寻求一个法治相对健全、宪法为其立国之本社会的法治精粹和宪政经验。在具体作法上，利用自己作为历史学者善于叙事、对细节的敏感和对美国历史发展背景熟悉的优势，来讲述美国宪政法治发展演变的故事。于是，我打算以"美国伟大的［国会］法律和［联邦最高法院］判决"为题，分别讲述十大判决和十大法律的故事。

当我向远在美国的王希教授和我的老朋友陈伟提出这一设想时，得到了他们热情的赞扬，并建议我把判决和法律分开来写作。由于判决的案例故事如此丰富多彩、惊心动魄，它自然成为

了我的首选，更为重要的是，老友陈伟与我不约而同地对判决问题产生了兴趣，并在我之前，开始在国内的《读书》、《南风窗》和海外的《世界周刊》以及网上电子刊物《华夏文摘》和《国风》发表他的美国法律纵横谈。他的欣然加盟，大大提高了本书的可读性和思想性，缩短了与读者见面的时间。本书的合作成为我们近20年友谊的小小高潮。

我们是东北师范大学（长春）1978级校友，我在历史系，他在政治系。1982年初大学毕业前夕，我报考了中国社会科学院美国研究所，他报考了苏联东欧研究所，由此我们开始相识。我于当年如愿以偿，他却在赴京复试后马失前蹄，但我们一直保持了书信联系。1984年他终于如愿以偿，成为苏东所外交与国际关系专业研究生。此后，我们有一段很愉快的交往，包括一起为国务院国际问题研究中心提供一份美苏关系的咨询报告；一起去采访原国民政府驻印度远征军副总司令郑洞国将军，探讨美援对中美抗日同盟以及中共、国民党、美国、苏联四角战略关系的影响。

1990年前后，我们突然对中国参加朝鲜战争的决策过程产生了共同兴趣，从各种零星的材料中，吃力地试图弄清楚周恩来1950年10月8日赴苏联与斯大林讨论苏联空军援助和中国参战的行程，弄清楚周恩来此行究竟是带着参战的决定，还是没有？为此，陈伟采访了周恩来此行的翻译师哲和机要秘书康一民，经师哲引荐，他还采访了周恩来的军事秘书、原总参作战部副部长雷英夫。但由于缺少完整的第一手档案资料，除了弄清楚周恩来的行程外，第二个问题还是一锅粥。所以，我们的第一次合作研究除了留下一批认真讨论的信件外，并没有成果发表。这一困扰冷战史学者的“世界性难题”，直到1996年俄罗斯方面档案公开，才最终水落石出。

陈兄后来留学美国，就读乔治·华盛顿大学并获得电脑信息技术硕士学位，成为一位数据库高级技术主管。1992年和1994年我两次赴美进修研究，都在华盛顿见到他。但1998－2000年间，我们的联系一度中断。1999年秋－2000年春，我在霍普金斯大学高级国际问题研究院作了一个学期的高级访问学者，太太和女儿同行，住在华盛顿远郊。2000年秋，我们恢复联系后，这才发现我们当时近在咫尺，住在同一个社区。我女儿瑰洁和他女儿陈晨还在同一个学校上学。更令人不可思议的是，陈晨竟然曾无意中为瑰洁当过英语翻译。那时，可怜的瑰洁，一句英文不懂，做数学作业时，像国内一样把答案直接写在书上。老师比划半天，她也不明白。老师只好请来高年级的陈晨，用中文向瑰洁解释说，不要把答案直接做在书上，因为美国的教科书为学校所有，要传给下届学生。这虽然是戏剧性的巧合，但我宁愿把它看作是一种神秘的力量要我们的友谊延续到两个孩子身上。

陈兄不仅及时完成了他所承担的案例（就这一点，我就要深深地感谢他，因为他是在极其繁忙的工作之余，牺牲自己的休息时间，完成这些写作的），而且审读了全部文稿，提出了极为宝贵的修订意见。同时他还对大到全书的整体构思、案例的选择，小到书名的确定、脚注的核对都作出了不可缺少的贡献。比如，他对我最初提出的“伟大判决”很不以为然，因为斯科特案可以说是最高法院“最糟糕”的判决之一。这提醒我在案例的选择上，不能仅仅着眼于“伟大”，而且要注意到“恶劣”。最高法院的大法官决非不食人间烟火的圣人，他们也像凡人一样，会犯错误，而且因为特定的地位，会犯大错误。为了书中某个术语的翻译、某个概念的表述、某个段落的安排、某个引文的核对，陈兄在过去一年中，给我打来了十几个周末越洋电话，我们常常是一谈就是几个小时，直到电话卡用完为止。更不要说相互间的上百份电子邮件，无数次的稿件传送。由于文字处理系统的差异，我

们在文稿修订方面费尽心机。他的认真态度，实在是难能可贵。

同样，山东大学历史文化学院的白雪峰博士也给我友好的帮助。2001年初夏，我参加了白雪峰的博士论文《沃伦法院研究》的答辩。这可能是国内第一篇以宪政史为题的美国史博士论文，写得相当扎实。白雪峰对沃伦法院处理的一些著名的公民自由和权利的案件很有研究，在此基础上，他为本书贡献了三个精彩的案例故事。

这样一本小书还得到了两位资深美国宪政史学者的支持。2001年7月，我和国内15位学者一起，参加了夏威夷大学东西方中心、北京大学主办的“讲述美国和中国”讨论班。讨论班上，我结识了旧金山市立学院（City College of San Francisco）社会科学教授、美国宪政史专家伍淑明（Laurene Wu McClain）女士，向她请教了有些不易在书本上获得的美国司法程序和地方法院的知识。作为华裔教授，我很希望她能够为我的项目撰写一篇有关华人的案件，2002年初她寄来《从受害者到胜利者》。接着，我希望她能再写一篇二战中日裔美国人受迫害的案子，她再次欣然同意，不过不是由她亲自来写，而是请她的丈夫、加利福尼亚大学伯克利校区法学院法治史教授查尔斯·麦克莱恩教授（Charles J. McClain）来撰写。麦克莱恩教授还是该法学院法理学和社会政策项目副主任（Vice Chairman，Jurisprudence and Social Policy Program），研究少数族裔宪法权利的专家。

中华美国学会会长、中国社会科学院美国研究所所长王缉思教授，忙里偷闲，阅读了部分书稿，并针对书稿的若干不足，写出一篇精彩序言。他在文中对美国宪法宗教背景和自然权利观念的精辟分析，对书名中“宪政”一词的解题，使全书大为增色。至於序言中那“不识抬举”的戏言，也体现出作者特有谦虚和幽默。

这一项目设计的初期，王希教授提出了非常专业的意见。美

国南伊利诺伊大学历史系教授、2000－2001年度在南京大学任教的富布莱特学者皮尔森（Sam Pearson），对我所选择的案例提出过意见和建议。在此，表示我深深的谢意。我还要特别感谢现任美国杜鲁门总统图书馆馆长的迪万（Michael Devine）博士。虽然他与这个项目没有任何直接的联系，但是，1998－1999年度他在中美文化研究中心任教期间，我们之间进行的无数次长谈交流，不仅让我分享了他对美国政治、外交、社会等各种问题的深刻见解，而且促使我重新认识象牙塔内学院派历史学家（academic historian）的社会责任。作为1999－2000年度美国公共历史学家组织的主席，他给我讲述他是如何从一个只为同行而写作的学院派外交史学者，转变为一个以服务公众为己任公共历史学者（public historian）的个人经历。他讲故事的天才提醒我时刻不要忘记，只有生动的故事才会有鲜活的历史，才会吸引你的读者。

2002年4月，在书稿的第二稿完成后，我有机会陪同20多位美国国会两院议员在上海、南京和北京考察交流一个星期。这些议员有一半是律师出身，与他们的交流使我受益非浅，让我对美国的法治文化有了进一步的体验。曾经担任过得克萨斯州最高法院法官的众议员Lloyd Doggett，还和伍淑明教授一起，为我写推荐信，帮我争取到福特基金会北京办事处的小额资助，使我能够在2002年夏，去夏威夷东西方中心（East－West Center）客座研究四个星期，利用夏威夷大学的资料，借机对书稿进行最后的修改定稿。因此，我要感谢这些给予我帮助的机构和个人。

贵州人民出版社编辑程亦赤先生，曾经对这一选题很感兴趣，并从出版的角度提出了一些有益的意见。遗憾的是，我根本无法在他所希望的时间表内完成编写工作。中国法制出版社社长祝立明先生对项目鼓励有嘉，促成本书的及时面世。对这两位编辑朋友，我非常感谢。

最后，我要感谢我的妻子吴耘和女儿琬洁。我把应该陪伴她

们的几个寒暑假和许多其他休息时间，都用来写作和修改书稿。她们对我的工作表示了充分理解，毫无怨言，一如既往。吴耘还以她理解英文的出色能力，帮助我弄清楚一些最高法院判决中复杂的句式及其含义。

在现代学术体制，这个既没有正式“立项”、亦无任何机构直接“资助”的项目，实在是微不足道。但敝帚自珍，想到它得到这么多海内外老友新朋的慷慨相助时，每每令我感动不已。朋友们的热情和友情，写作和编辑本身所具有的挑战性，以及这些故事所蕴藏的无限勇气、丰富哲理和超凡智慧，使这项工作成为我从未经历过的一次精神之行，令人愉快无比，也使同期一些复杂繁琐的学术体制给我带来的种种不愉快，统统消失得无影无踪。在这一小项目即将完成之际，国家教育部将我申报的“联邦最高法院与美国法治的历史实践”列为教育部资助项目。这样，这本书最终还是没有逃脱现代学术体制的束缚，而成为资助项目的前期工作和阶段成果。我真心希望，新的项目能够像这个“没有名分的项目”一样，带领我进行一次新的、更为愉快的精神旅行。

任东来

2003年7月1日于夏威夷东西方中心